

TÍTULO XIV.—*De qué maneras se contrae por medio de la cosa una obligación (4).*

P. ¿Cuáles son los contratos reales, es decir, que se forman por la cosa?

R. Todos los contratos *innominados* son contratos reales, porque en todos es necesario que una de las partes haya dado ó hecho alguna cosa para que el convenio salga de la clase de los simples pactos y produzca obligación civil. (V. lib. III, título XIII.) Entre los contratos *nominados*, hay cuatro reales:

(4) *Por la cosa.* Así es como se traduce vulgarmente las palabras *re contrahitur*. Me parece que la traducción sería más exacta y más expresiva si se dijese que la obligación se contrae por un *hecho*, la entrega de la cosa, porque tal parece ser el significado de la palabra *res* tomada en oposición á *verbis* y á *litteris*.

el *mutuo* ó préstamo de cosas que se consumen con el uso, el *comodato* ó préstamo de uso, el *depósito* y la *prenda*. El convenio por el que nos obligamos á prestar, á depositar ó á dar en prenda, no es más que un simple pacto, un pacto nudo; no se convierte en contrato y no produce una obligación civil sino cuando ha habido entrega de la cosa que es objeto del contrato.

P. ¿Qué es mutuo?

R. El mutuo es un contrato (*real*), por el cual una de las partes da á la otra que contrata con ella cierta cantidad de cosas que se valúan por peso, número ó medida, con la obligación de volverle otro tanto de la misma especie y calidad (*alíe ejusdem naturæ et qualitatis*) (1).

P. ¿Cómo se llaman las cosas que se valúan por peso, número y medida?

R. Llámanse cosas *fungibles*, porque en la intención de las partes se reemplazan y representan mutuamente (*in suo genere FUNCTIONEM recipiunt*. L. 2, § 1, ff. de reb. cred.)—Hase definido á veces las cosas fungibles, las que se consumen por el primer uso que se hace de ellas (*quæ ipso usu consumuntur*); pero esta definición es inexacta bajo dos conceptos: por una parte, las cosas que se consumen ordinariamente por el uso, como la plata acuñada, no son cosas fungibles cuando se las presta *ad pompam et ostentationem*. (L. 3, § últ.; L. 4, ff. de commod.); por ejemplo, cuando se toma prestadas piezas de moneda para servirse de ellas en el juego como fichas para apuntar, y volver en seguida las mismas, ó cuando un cambiante toma prestadas monedas extranjeras, no para cambiarlas, sino para que formen parte de las muestras que presenta al público (2). Por otra parte, muchas cosas que no se consumen con el uso, pueden ser fungibles; así, un ejemplar de una obra puede entregarse por un librero á otro para que éste le

(1) Si diéramos una cosa á alguno con la obligación de volvernos otra especie diferente, se verificaría un cambio. El mutuo no obliga por sí mismo á volver más que la cantidad que se prestó. Si el que tomó prestado se obligase á volver más de lo que recibió, por ejemplo, algunos intereses, el empeño relativo á estos intereses, no derivándose del mutuo (*nova obligatio*, L. 121, D. de verb. sign.), necesitaría para ser obligatorio que se solemnizase por medio de la estipulación. (L. 21, D. de præsc. verb.; L. 3, C. de usuris.)

(2) En estos diferentes casos no hay mutuo, sino comodato. Se dice con bastante frecuencia que los animales y otras cosas, que aunque de la misma especie, son diferentes en calidad en el individuo, no pueden ser objeto de un mutuo; sin embargo, si un mercader de caballos da dos de éstos á otro, con la condición que éste le devuelva otros dos de la misma calidad, se verifica evidentemente un mutuo, pues los caballos son aquí cosas fungibles. Lo mismo sería si un carnicero recibiera prestados de otro tres carneros con la condición de devolverle otros tres.

devuelva, no ya el mismo ejemplar, sino otro semejante: este ejemplar es fungible, según la intención de las partes. La intención de los contratantes es, pues, lo que da al objeto entregado el carácter de cosa fungible.

P. ¿De dónde se deriva el nombre de mutuo que los juriconsultos romanos daban al préstamo de consumo?

R. Se deriva de *ex meo tuum*: este contrato supone, en efecto, que hubo traslación de propiedad del que da al que toma prestado.

P. Si la cosa entregada con intención de constituir un *mutuo*, no pudo, por cualquier causa, ser propiedad del que tomó prestado (1), ¿no se verifica contrato alguno?

R. No, señor: tal sería el caso en que un pupilo prestara una suma de dinero sin autorización de su tutor. No habiéndose transferido al que tomó prestada la propiedad de los escudos, á causa de la incapacidad del pupilo, no hay mutuo, no se contrajo obligación (*non contrahit obligationem. Introd., lib. II, tít. VIII, § 2*). Así, el pupilo no tiene la acción personal que nace del *mutuo*, reclamando por medio de la reivindicación contra aquél á quien entregó su dinero, al menos mientras exista este dinero, es decir, mientras no se empleó por el que tomó prestado (2).

P. ¿Qué acción nace del mutuo?

R. El mutuo da origen á la condición propiamente dicha. El nombre de condición, tomado en un sentido general, se da á todas las acciones por las que se sostiene que el adversario está obligado, por derecho civil, ya á dar alguna cosa, ya á hacer (*dare facere, oportere*); pero en su sentido propio, la con-

(1) Para que la cosa entregada llegara á ser propiedad del que tomó prestado, era necesario, según el antiguo derecho, emplear la mancipación ó la cesión *in jure* respecto de las cosas *mancipi*, y la tradición respecto de las cosas *nec mancipi*. Era además necesario que el mutuo se hiciera entre personas capaces de adquirir la propiedad.

(2) Cuando se empleó el dinero, si el que tomó prestado tuvo mala fe, tiene el pupilo contra él la acción *ad exhibendum*; si tuvo buena fe, el pupilo ejerceita contra él la condición (V. lib. II, tít. VIII); pero en este mismo caso la obligación del que tomó prestado no nace precisamente de un mutuo: no es el hecho de haber recibido la suma, sino el hecho de haberla empleado sin que le perteneciera, el hecho de haber consumido la cosa de otro, lo que constituye al que tomó prestado en deudor *quasi ex mutui datione*.—Sucede en este caso lo que en el en que recibiera una persona por error una cosa que no se le debe. Nuestro texto dice aquí que esta persona se halla obligada á volver la suma pagada indebidamente, y que puede ser obligada á ello por la condición, como si hubiera habido un mutuo (*ac si mutuum accepisset*), aunque su obligación no nazca de un contrato, porque el que da con intención de pagar (*solvendi animo*), quiere más bien extinguir que formar una obligación.

dictio, caracterizada por la fórmula *SI PARET DARE OPORTERE*, es la acción por la que sostiene el demandante que el demandado debe hacerle propietario (*dare*); la acción que debe ocasionar la condena del demandado, si consta que se obligó á transferir la propiedad, como sostiene el demandante. En la condición propiamente dicha, la suma ó la cosa que forma el objeto de la obligación alegada por el demandante, se halla indicada y determinada (1). Así, la condición toma entonces el nombre de *condictio certi* (2). Tal es la acción que nace del mutuo (3).

P. ¿Qué es comodato?

R. El comodato ó préstamo de uso es un contrato (*real*) por el cual una de las partes presta á otra una cosa para que se sirva de ella gratuitamente, con la obligación de volverla después.

P. ¿En qué se diferencia el comodato esencialmente del mutuo?

R. En que en el mutuo se transfiere al que lo recibe la propiedad de la cosa prestada, mientras que en el comodato la entrega de la cosa no atribuye al comodatario ni la propiedad ni aun el derecho de uso, que es una desmembración de la misma, sino solamente la facultad ó la posibilidad de usar de ella (4). Así, mientras que el que toma prestado, en caso de mutuo, puede volver una cosa por otra, el comodatario está obligado á restituir idénticamente el objeto que recibió (*ea reipsa restituenda*).

P. ¿Qué resulta de aquí en el caso en que la cosa entregada perece por caso fortuito?

R. Resulta que, en el mutuo, los accidentes fortuitos, tales como un naufragio, un incendio, un ataque de bandoleros, despojando al que tomó prestado, no le dejan libre de su obligación (*obligatus remanet*), no solamente porque adquirió la

(1) Por ejemplo: *SI PARET..... SESTERCIUM DECEM MILLIA DARE OPORTERE* (Gayo, IV, § 41); *si paret fundum Tusculanum hominem Stichum, vini campani optimi amphoras centum..... dare oportere.* (V. L. 76, D. de verb. oblig.)

(2) Cuando el objeto de la obligación no se especifica y determina en la intención de la acción, como en las fórmulas citadas, la condición le llama á *condictio* ó *actio incerti*.

(3) La condición y aun la condición *certi*, no siendo especial al mutuo y resultando de toda obligación que compele á transferir la propiedad de una cosa determinada, si se quiere designar particularmente la que nace del mutuo debe llamársela *condictio certi ex mutuo*. (V. Mackeldey, § 397.) La acción á que da origen el mutuo se llama algunas veces *actio mutui*. (L. 5, c. VII, 35; L. 3, c. V, 39.)

(4) El comodatario no tiene el derecho *absoluto*; sólo tiene el derecho *relativo*; sólo usa en virtud de la obligación en que está el comodante de dejarle usar de la cosa. (V. la nota 3 del lib. III, tít. XIII.)

propiedad del objeto prestado (1), sino porque el objeto que pereció no es precisamente el que debe devolver; mientras que semejante accidente libra al comodatario, porque estando obligado á volver la misma cosa que recibió, la pérdida de esta cosa hace su obligación imposible y sin objeto.

P. ¿El comodatario nunca está obligado al caso fortuito?

R. Está obligado, cuando se ocasionó por una falta cualquiera de parte suya; porque el comodatario, á quien aprovechan gratuitamente los servicios de la cosa, responde de toda clase de culpa, y no le basta haber puesto en la custodia ó vigilancia de la cosa prestada el mismo cuidado que pone habitualmente en la de su propia cosa, si hubiera podido guardarla otra persona más diligente (*diligentior alius*) (2). Así, el comodatario sería responsable de los objetos prestados que le hubieran sido sustraídos, no ya quitados con violencia; pues sólo sería responsable de los objetos que se le quitaran con violencia, si los hubiera expuesto á este accidente llevándolos de viaje.

P. ¿Es siempre gratuito el comodato?

R. Sí, señor: el comodato es esencialmente gratuito (3); si el que lo tomó se obligara á pagar una retribución, no se verificaría un comodato, sino un arrendamiento.

P. ¿A qué acciones da lugar el comodato?

R. El comodato da lugar á dos acciones especiales, que llevan el nombre del contrato de que se derivan: la acción directa de comodato y la acción contraria de comodato.

(1) Ordinariamente se dice *res perit domino*; pero esta regla no es absolutamente verdadera sino cuando se opone el propietario de la cosa á los que tienen su custodia ó su uso, por ejemplo, al comodatario: no es exacta con respecto al acreedor de una cosa cierta y determinada, porque cuando esta cosa perece por caso fortuito, perece más bien para el acreedor, cuyo crédito se extingue por la imposibilidad en que está el deudor de pagar su obligación, que para el propietario, que pierde en verdad su derecho de propiedad, pero que se halla libre de la obligación en que estaba de transferirla. (V. el título de la venta.)

(2) La responsabilidad del comodatario es menos extensa cuando se hizo también el comodato en beneficio del comodante. (V. lo que hemos dicho sobre las *culpas* en el título de la *sociedad*.)

(3) Distinguese ordinariamente en los contratos lo que les es *esencial* de lo que les es *natural* y de lo que les es *accidental*. Son cosas esenciales al contrato las que lo constituyen y sin las que no sería lo que es, pues no pueden omitirse sin destruir éste. Cosas naturales al contrato son las que se comprenden en él sin que haya necesidad de explicarse respecto de ellas, pero que se pueden omitir sin destruir este contrato. Finalmente, cosas accidentales al contrato son las que, no comprendiéndose naturalmente en él, sólo se han añadido por un convenio especial: tal es el convenio de pagar un interés (*usura, fœnus*), además del capital, que se hace en el mutuo.

P. ¿A quién y contra quién se da la acción directa de comodato?

R. Se da al comodante contra el comodatario, con el objeto de compeler á éste, bien á la restitución de la cosa, en cuanto hizo de ella el uso para que se le prestó (1), bien á la indemnización de los perjuicios que resultan de su culpa (2).

P. ¿A quién y contra quién se da la acción *contraria* de comodato?

R. Se da al comodatario para reclamar la indemnización que le debe el comodante, porque el contrato, que no es para el comodante una causa inmediata de obligación, puede llegar á ser ocasión de ésta; así, por ejemplo, debería indemnización de las expensas extraordinarias que exigiera la conservación de la cosa, ó del menoscabo que hubiera experimentado en su uso, á consecuencia de los defectos de la cosa que sabía el comodante y que ignoraba el comodatario. (L. 18, pr., § 2, ff. *commod.*) La acción que se da, en estos diferentes casos, al comodatario, se llama *contraria*, en oposición á la acción principal que se da al comodante, y que se llama *directa*, porque se deriva directa é inmediatamente del contrato, puesto que la cosa recibida debe devolverse necesariamente al comodante, mientras que la acción *contraria* nace con ocasión del contrato de un hecho posterior, que puede existir ó no (3).

P. ¿Qué es depósito?

R. Es un contrato (*real*) por el cual se recibe la cosa mueble de otro para custodiarla gratuitamente, y restituirla cuando la pida el que la confió.

(1) El comodante no puede retirar la cosa según su voluntad, sino que debe dejar al comodatario que se sirva de ella durante el tiempo y según el uso que se convino.

(2) El comodatario debe poner en la custodia de la cosa mucha vigilancia (*exactam vigilantiam*), no bastándole haber puesto en la cosa el mismo cuidado que acostumbra á poner en sus propios asuntos, si hubiera podido conservarla otra persona más diligente que él. En su consecuencia, responde de la culpa *leve*. Sin embargo, como la responsabilidad se disminuye cuando tiene lugar el contrato en utilidad del que dió prestado, el que tomó en préstamo sólo respondería del dolo ó de la culpa *lata*, si pudiera considerarse el comodato como aprovechando exclusivamente al comodante. (L. 5, § 10, D. de *commod.* V. lo que decimos sobre la teoría de las culpas en el tít. XXV, nota final.)

(3) Además del comodato, se conoce el contrato muy semejante á él, que se denomina *precario*, que consiste en conceder una cosa por el tiempo que dure la voluntad del que la concede, que es la circunstancia que le distingue de aquél. La acción que de él se originaba no producía efectos civiles, sino que se agregaba á otro contrato; sin embargo, daba origen á un *interdicto* introducido por el pretor contra el que tenía la cosa ó sus herederos, ó aunque no la tuviera, si había dejado de poseerla por dolo, para que la restituyese con sus accesiones, el *interdicto* era perpetuo. En este contrato se prestaba la culpa *lata*.—(N. del T.)

P. Cuando se fija un término para la duración del depósito, ¿puede pedirse la restitución antes de espirar este término?

R. Sí, señor; pues en sentido inverso de lo que acontece en el comodato, puede pedirse, en caso de depósito, la restitución de la cosa antes del término concedido, porque, no pudiendo el depositario tener motivo alguno para prolongar el servicio puramente gratuito que presta al depositante, se considera el término establecido sólo en utilidad de este último, y para impedir que haga el depositario una restitución intempestiva. El depositario no podría ofrecer la restitución anticipadamente, sino en cuanto tuviera graves motivos para descargarse del depósito. (L. 5, § 2, ff. de pos.)

P. ¿Es responsable el depositario de su negligencia, respondiendo, por ejemplo, del robo de la cosa depositada?

R. No, señor (1): el depositario sólo responde de su dolo y de la culpa lata que se asimila al dolo, á menos que se ofreciera al depósito, en cuyo caso estaría obligado á la culpa leve (L. 1, § 35, ff. eod.); porque, en general, la obligación á que se ofrece se hace con esto más rigurosa.

P. ¿Qué acciones resultan del depósito?

R. Resultan dos acciones, la una *directa* y la otra *contraria*. La acción directa de depósito se da al depositante para obtener la restitución de la cosa depositada (2) y el pago de los perjuicios que resultan del dolo ó de la culpa lata del depositario. La acción contraria de depósito se da al depositario para compeler al depositante á reembolsarle las expensas y gastos hechos (3) para la cosa depositada, y á indemnizarle de los perjuicios que ésta pudiera haberle causado (4).

P. ¿Qué es prenda?

R. Es un contrato (*real intermedio*) por el cual se entrega una cosa (5) á un acreedor en seguridad de su crédito, y para que se vuelva en especie después del pago de la deuda.

(1) El que se dirige á un depositario negligente debe imputarse haberse expuesto á sus consecuencias.

(2) Distínguese con el nombre de *depósito necesario ó miserable* el que se hizo forzosamente por algún accidente, tal como un incendio, una ruína, un saqueo, etc. La condena en que se incurre por consecuencia de semejante depósito puede ascender al duplo. (V. el título de las acciones.) El *secuestro* es también una especie de depósito que tiene lugar cuando se entrega una cosa litigiosa, de consentimiento de ambas partes, á una persona que debe devolverla al que gana el litigio.

(3) Aunque sean ordinarios, por ejemplo, los gastos de manutención, si se trata de un animal.

(4) El deponente se halla obligado á toda clase de culpa sobre este punto.

(5) Bien sea mueble ó inmueble. Hase impreso inexactamente y contra el texto positivo del § 7, de *action*, que el contrato tomaba el nombre de hipoteca cuando la cosa que se daba en prenda era inmueble. La hipoteca se diferenciaba, en Derecho

P. ¿Qué acciones resultan de la prenda?

R. Resultan dos acciones, la una directa y la otra contraria. La acción *pignoratitia* directa se da contra el acreedor para obligarle á restituir la cosa cuando el deudor pagó la deuda para la que se constituyó la prenda (1), ó el excedente del precio si se vendió la cosa (V. lib. II, tit. VIII), y en todo caso para obtener el pago de los perjuicios que resultan de su culpa, aunque sea leve (2). La acción *pignoratitia* contraria se da al acreedor para indemnizarse de las expensas (3) que hizo para conservar la cosa, y de los daños que la prenda pueda haberle causado por falta del deudor (L. 31, ff. *de pignor. act.*); finalmente, de la evicción que hubiera sufrido de parte del verdadero propietario, cuando el deudor le dió en prenda una cosa que le pertenecía.

P. El que entregó la cosa de otro á título de comodato, de depósito ó de prenda, ¿puede ejercitar, para hacérsela restituir, las acciones directas que nacen de estos diferentes contratos?

R. Sí, señor: en efecto, aun cuando el contrato tiene por objeto la cosa de otro, no es menos válido entre los contratantes, y no produce menos obligaciones respectivas, especialmente la de restituir la cosa á aquél de quien se tiene, á menos, no obstante, que quien la recibió sea el mismo propietario; porque nadie puede considerarse como comodatario, depositario ó detentador á título de prenda de su propia cosa.

P. Según lo que se acaba de decir, la tradición puede, conforme á la intención de las partes, transferir ó no la propiedad, y formar, ya un mutuo, ya un comodato, un depósito ó una

romano, de la prenda propiamente dicha, en que tenía lugar, cuando el deudor se convenía en afectar una cosa al pago de su deuda, *sin entregarla al acreedor*. Por lo demás, la prenda y la hipoteca se establecen indiferentemente en los bienes muebles y en los inmuebles. (V. el título *de las acciones*.) La palabra prenda (*pignus*) tiene muchas significaciones; significa: 1.º, el contrato de prenda; 2.º, el derecho *in re* que adquiere el acreedor á consecuencia de este contrato, cuando el deudor es capaz de disponer de la cosa; 3.º, la cosa misma dada en prenda.

(1) Sin embargo, el emperador Gordiano quiso que el acreedor pudiera retener la prenda, después de pagarse el crédito porque se hallaba constituida, para todos los demás créditos que tuviera contra el mismo deudor. (L. 1, D. *etiam ob. chirogr.*)

(2) La responsabilidad del acreedor pignoraticio es la misma que la del comodatario y mayor que la del depositario, porque éste no saca ninguna utilidad del depósito, mientras que si la prenda es útil al deudor, en cuanto facilita su crédito, no es menos útil para el acreedor, en cuanto asegura el pago de su crédito.

(3) Aun ordinarios, porque el acreedor pignoraticio, lo mismo que el depositario y á diferencia del comodatario, no puede servirse de la cosa. Sin embargo, se puede convenir en que tome los frutos que produce la prenda por vía de intereses, y en este caso la prenda recibe el nombre de *antieresis*.

prenda. ¿Era lo mismo respecto de la mancipación y de la cesión *in jure*?

R. No, señor: la mancipación y la cesión *in jure* transferían siempre la propiedad, salvo el pacto llamado *fiducia*, por el cual podía el nuevo propietario ser obligado á remancipar ó á volver á ceder la cosa. Por eso ordinariamente el padre de familia, para disolver su potestad, mancipaba *contracta fiducia*. (V. lib. I, tít. XII.) Por eso igualmente, para poner una cosa en depósito en poder de un amigo ó darla en prenda á su acreedor, se le transfería el dominio, para volverlo á adquirir en seguida, conforme á los convenios ó pactos que acompañaban á la mancipación ó á la cesión *in jure*. Estos convenios ó pactos constituían un contrato llamado *fiducia*, del cual resultaba la acción llamada *actio fiduciæ*, directa ó contraria, como en el depósito y la prenda (1).

(1) La mancipación y la cesión en juicio *fiduciæ causa* no podían aplicarse á los fundos provinciales. (V. lib. II, tít. I). Esto es probablemente lo que hizo introducir la *pignoris datio*, la cual, no transmitiendo el dominio, sino tan sólo la posesión, podía practicarse aun entre *non cives* y respecto de los inmuebles provinciales. Como quiera que sea, el uso de la *pignoris datio* se generalizó, y las acciones creadas por los jurisconsultos para organizar el contrato de prenda más sencillo en el fondo y en la forma que la mancipación fiduciaria, debieron hacer poco á poco caer ésta en desuso. Sin embargo, Gayo (II, § 60) y Paulo (11 y 13) hablan de la fiducia como existiendo aún en su tiempo. No se trata ya de ella en los libros de Justiniano: en esta época, la mancipación y la *cessio in jure* han desaparecido completamente. Obsérvese el progreso del derecho en materia de prenda: desde luego la mancipación con la fiducia, que transfiere la propiedad al acreedor; después la *pignoris datio*, que deja la propiedad al deudor, dando solamente la posesión al acreedor. Finalmente, la hipoteca, creación pretoria que da simplemente un derecho al acreedor, dejando al deudor, no solamente la propiedad, sino también la posesión.