

Art. 3.º *Se reputa interés toda prestación pactada á favor de un acreedor.*

Mientras existió la prohibicion ó limitacion del dinero, se emplearon tales recursos para eludir las leyes, que parece dictada bajo la inspiracion de aquel recuerdo la declaracion del artículo. No debe conseguirse, añade Goyena, por medios indirectos ó simulados ni mas ni menos que lo permitido por los directos y leales: de otro modo seria fácil eludir las leyes prohibitivas sobre esta materia y sobre todas (*Conc., art. 1651*).

Art. 4.º *Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable á todo préstamo de cosa fungible cuyo interés consista en un aumento de la misma especie que ha de devolverse.*

El art. 1.º habla del capital en numerario; este le completa declarando que la misma regla es aplicable al préstamo de cosa fungible. El interés puede consistir en un aumento, pero debe entenderse de manera que conste por escrito, y que como toda prestación estipulada á favor de un acreedor, es verdadero interés.

Aunque haya alguna diferencia entre el metálico y las cosas fungibles, diferencia sentida por las antiguas leyes que señalaron á las últimas mayor interés que al primero, ambas especies pueden constituir el mútuo, por lo que debe ser aplicable de la misma suerte la ley que determina sus condiciones y sus efectos.

Art. 5.º *El año civil es la unidad de tiempo para cálculo del interés del capital.*

Tiene por objeto el artículo evitar las dudas que puede producir el prorrateo de intereses, fijando el año civil como unidad de tiempo. Con igual propósito de hacer imposibles las sutilezas de una codicia sórdida, espresó el Código de comercio: En todos los cómptos de dias, meses y años, se entenderán el dia de veinticuatro horas, los meses segun están designados en el calendario gregoriano, y el año de trescientos sesenta y cinco dias (*art. 256*).

Art. 6.º *El recibo del capital dado por el acreedor sin re-*

servarse el derecho á los intereses estipulados, estingue la obligacion del deudor respecto de ellos.

Varias leyes del Digesto repiten el principio consignado en este artículo: *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur.....* (Ley 43, al principio, tit. III, lib. XLVI, Dig.). *Quod generaliter constitutum est, prius in usuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur* (Ley 5.^a, § 2.^o del mismo tit.). *Pretii sorte, licet post moram, soluta, usurae peti non possunt* (Ley 49, tit. I, lib. XIX, Dig.).

La doctrina está en relacion con la sabida máxima de que estinguido lo principal se estingue lo accesorio. Si fué otra la voluntad del acreedor, pudo espresarlo.

Art. 7.^o *Durante el término del contrato, los intereses vencidos y no pagados no pueden devengar intereses. Trascurrido el plazo, los liquidos y no satisfechos podrán capitalizarse y estipular de nuevo réditos sobre el aumento del capital, con sujecion á lo dispuesto en el art. 2.^o*

El derecho romano habia prohibido terminantemente cobrar intereses de intereses: *Nulla modo licere cuiquam usuras præteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari* (Ley 28, tit. XXXII, lib. IV del Código).

De allí tomó la escuela el anatocismo para denotar la doble usura ó sea la usura que consiste en que los intereses vencidos se reunan á la suma principal para formar un nuevo capital.

Podria oponerse al artículo que el deudor que no paga á su tiempo los intereses legitimos, causa un perjuicio real á su acreedor, quien podria utilizarlos en usos propios ó capitalizarlos y darles nuevo interés, pero el acreedor puede hacer valer sus derechos sin acudir al medio de agrandar el capital acumulando intereses sobre intereses, medio ocasionado á abusos. Puede hacerlo bajo la distincion notada en el artículo, y que aleja ciertos inconvenientes, no corriendo el término si no trascurrido el plazo: entonces cabe capitalizar los liquidos y no satisfechos, y estipular de nuevo réditos sobre este aumento de capital.

Art. 8.^o *Al principio de cada año, el Gobierno, oyendo la*

Consejo de Estado, fijará el interés legal que, sin estar pactado, debe abonarse por el deudor legítimamente constituido en mora, y en los demás casos determinados por la ley. — Mientras no se fije este interés, se considerará como legal el de 6 por 100 al año.

El interés regulado por la voluntad de los particulares es convencional: de ese han de entenderse los artículos precedentes, pero puede haber además otro de que habla este artículo; el interés legal que es el que sin estar pactado, debe abonar el deudor cuando incurre en mora y en los demás casos determinados por la ley.

A pesar de las prohibiciones y dudas del derecho pátrio, observa con propiedad Goyena, los tribunales solían aplicar el 3 por 100 en los casos de dote no entregada, y precio no pagado por el comprador que recibió la cosa y se aprovechó de sus frutos: la ley recopilada 12, tít. XI, lib. X, declaró el interés del 6 por 100 desde la interpelación judicial á las deudas activas de artesanos menestrales, y la siguiente 13 el de 3 por 100 á los salarios de los criados desde la misma fecha.

Pero no era justo señalar un tipo invariable para regular el valor de una mercancía sujeta como todas á la ley del mercado, y aunque los medios para la regulación varían, y sobre esto como en todo cabe diversidad de apreciaciones, el legislador ha procurado evitar los inconvenientes de la uniformidad, autorizando al Gobierno para fijar á principio de año, y oyendo al Consejo de Estado, el interés legal. El Ministerio de Fomento y Comercio puede reunir noticias y datos necesarios para que el Gobierno fije con el posible acierto el interés legal sin temor de las alteraciones, porque en un año no pueden ser muchas.

En defecto de esto, el Proyecto de Código declara que rija la última tasa que hubiere publicado; y aunque parece lo natural por ser la que sigue mas de cerca las evoluciones del mercado, la ley toma como tipo regulador el 6 por 100 del Código mercantil.

La ley 20, tít. I, lib. X de la Nov. Recop., que designaba el 10 por 100 como rédito permitido, fué reformada, y quedó

sin efecto en esta parte por la 22 del mismo Código que señaló el 5.—Antes de 1856 nunca se había fijado ni autorizado por la costumbre como rédito legal del dinero el 8 por 100 (S. 22 Enero 1863).

Art. 9.º *Quedan derogadas todas las disposiciones anteriores contrarias á las de la presente ley.*

JURISPRUDENCIA. La ley 22, tít. XI, lib. X de la Nov. Recop. sobre la tasa del interés del dinero, se halla derogada por la presente ley (S. 2 Octubre 1861). Esta se contrae al pago de réditos é intereses y no al abono de daños y perjuicios, y mucho menos cuando éstos han sido estipulados (S. 12 Noviembre 1861).—Esta ley impone el gravámen de pagar intereses á todo deudor constituido en mora (S. 9 id. 1864). Interin no se devuelve la cantidad que se ha recibido á préstamo, ó no se estingue por otro medio legal la obligacion, está el deudor obligado á satisfacer á su acreedor los intereses pactados en el contrato (S. 31 Enero 1868).

No deben aplicarse á contratos de esta especie, las leyes 12, 13 y 14, tít. XI, lib. X de dicho Código (Nov. Recop.), porque estas se refieren solo á intereses por honorarios y salarios de artesanos, jornaleros y criados, y por deudas alimenticias (S. 4 Junio 1867).

Cuando no se han acreditado en autos los fondos que una persona ha retenido en su poder, la sentencia que le condena al pago del interés de una cantidad determinada, infringe el principio legal de que no pueden reconocerse intereses de un capital entregado á quien no le tiene (S. 31 Octubre 1865).

JUICIO CRÍTICO.

Pocas tésis han producido en el derecho mayores dudas que la que tiene por objeto resolver la legitimidad del interés del dinero. Hoy, como en la antigüedad mas remota, los pareceres están en desacuerdo, resintiéndose de su discordancia la jurisprudencia y las leyes. ¿Cómo se esplica esta contradiccion? ¿En qué consiste que escuelas antitéticas casi coinciden en una

idea, que los socialistas sostienen hoy algo parecido á lo que los teólogos defendieron en otro tiempo? Si es malo el interés del dinero, si está reprobado por derecho divino y humano, ¿cómo la práctica se ha sobrepuesto al derecho y no hay Código que no presente al lado de disposiciones prohibitivas del interés, otras que le admitan dentro de cierto límite? Meditando un poco se encuentra la explicación de este fenómeno.

La historia de esta institución presenta tres períodos: el de prohibición absoluta, el de prohibición restringida y el de libertad completa: rota la valla de toda prohibición, los dos períodos, aunque diversos, son la graduación relativa de una misma idea. La prohibición absoluta no tiene defensa: sería curioso recordar los argumentos así de autoridad como de razón en que se apoyaba, pero perderíamos el tiempo intentándolo. ¿Sería de alguna utilidad recordar la opinión de Aristóteles y de Plutarco, y, aun por respetable que sea, la opinión de los padres de la Iglesia? ¿Ni á quién harían fuerza los vestigios de las leyes, venerables ruinas de antiguos monumentos, sobre la prohibición?

En el fondo de esta doctrina latía no obstante un pensamiento caritativo, digno del mayor respeto. Existen fundados motivos para desear que sea gratuito todo préstamo: esta aspiración, la de muchos sábios y santos, es de tal manera simpática, que se concibe que el sentimiento triunfara de la razón y formara escuela. El dinero no es estéril, pero repugna que el usurero no halle mejor medio de emplear su capital, que sacándole crecidas ganancias á expensas de una familia desgraciada. Dueño es el hombre opulento de colocar como mejor le plazca sus tesoros; pero es verdaderamente sensible que en vez de correr los azares de una industria honrosa, cuente seguras las utilidades especulando, si menester es, con el desorden, el despilfarro y los vicios.

Constituye otra faz de la materia la prohibición restringida. En la dificultad de rechazar por completo el interés, los legisladores han preferido por lo comun señalarle un límite. Esta solución ha sido combatida, achacándole el inconveniente de to-

dos los términos medios. ¿Qué tipo se toma para regular el interés? ¿Puede el legislador sustraer el dinero á la ley del mercado que pone precio á todas las mercaderías? Sea cualquiera el tipo que se adopte, alto ó bajo, ¿habrá medio de atajar los fraudes? Estas preguntas no han tenido respuesta satisfactoria: la razon no las contesta, y la historia engendra la duda presentando ejemplos que están en contradiccion. Sin embargo, lo que no logra el discurso, lo hace la necesidad: las leyes que prohibian el préstamo á interés, han hecho su tiempo; las que ordenaron la tasa pertenecen tambien á la historia.

Llegamos al último período: economistas eminentes, Turgot, Montesquieu, Bastiat, han sacado triunfante el principio de la libertad. ¿Habrá resuelto el problema la abolicion de la tasa? La opinion ilustrada, casi la mas general, así lo cree: nosotros, sin embargo, abrigamos recelo de que la libertad no sea verdaderamente una solucion. Rubor causa el pensar que por insuficiencia de las leyes, por falta de fuerza en el poder social, se haya considerado como el mejor, como el único medio de limitar los estragos de la usura, otorgar carta de naturalizacion á la raza de los usureros, y prestar la autoridad del contrato al compromiso nacido de un delito. Cierto que la ley no se cumplía; pero reprobada la usura, la castigaba, lo cual podia constituir un freno; pues no debe perderse de vista que hay hombres de conciencia errónea, y en tratando de interés este achaque es frecuente, dispuestos á tener por lícito lo que legalmente no ha sido reprobado.

La prohibicion, á pesar de todo, ha sucumbido, porque hay una cosa mas fatal, si cabe, que un hecho, la inflexibilidad del sistema: sostenida por motivos de interés carecia de base, no teniendo el apoyo de la ciencia; pero la abolicion de la tasa legal será una novedad peligrosá; las leyes que la proscriben sembrarán la desolacion en las ciudades y en los campos, si no van acompañadas de medidas que hagan imposible entre nosotros la odiada casta de los usureros.

SECCION II.

DEL COMODATO.

Si el préstamo de cosas fungibles produce el mútuo, el de cosas no fungibles, que solo trasfiere el uso, produce el comodato, esa nueva relacion del hombre para con las cosas ajenas.

Apoderado el derecho de esta diferencia congénita en las cosas y que traza su respectivo destino, prescribe las reglas particulares de este contrato, que es menos estenso que el anterior, pero útil y originado como él, en un sentimiento de benevolencia. Remontándonos á Roma, cuna y plantel de la ciencia jurídica, descubrimos en el Digesto y en el Código acertadas soluciones prácticas que prueban una vez mas la pericia y la prevision de sus jurisconsultos y legisladores.

El derecho español deriva de tiempos antiguos la historia de este contrato; pero las disposiciones de origen puramente pátrio sin dejar de ser apreciables revelan la inferioridad relativa de este precedente.

El tit. V, lib. V del Fuero-Juzgo presenta reunidos y en conjunto el mútuo, el comodato y el depósito, resintiéndose las diez leyes de que consta de esta confusion. La primera trata del depósito, y sin embargo, por las palabras con que empieza, debia presumirse que iba á hablar del préstamo: «si algun ome tomar en comienda ó emprestado, caballo ó buey, ó otra animalía.» La indicacion hecha en el final de que igual doctrina ha de observarse en las cosas prestadas, se halla mas claramente desenvuelta en la segunda, por la que se dispone que el que empresta ó alquila su caballo, le pierde si perece por ventura, salvo si fuese con culpa del que le recibió, que asimismo ha de salir á los daños que hiciere. Alguna otra disposicion contiene que citamos con elogio en el lugar oportuno.

El silencio de los Fueros municipales debe esplicarse como hemos tenido que hacerlo en casos parecidos. No siendo verosímil que las familias se privasen de este recurso, porque nin-

guna se basta á sí propia, y el hombre mas abundoso ha de necesitar alguna vez tomar prestadas las cosas de su vecino, es de presumir que se rigieran para el comodato por prácticas y costumbres, las cuales, en determinadas circunstancias, son mas eficaces que la ley.

El tit. XVI, lib. III del Fuero Real, bajo el epígrafe «de las cosas emprestadas» tira las principales líneas de este contrato.

El que alza, el que corona el edificio, es el Código de las Partidas desarrollando su estructura, si cabe decirlo así, bajo el plan ideado por los artífices romanos.

§ I.

Nociones generales sobre este contrato.

Ley 1.^a, tit. II, Part. 5.^a—*Commodatum es una manera de préstamo que facen los omes unos á otros, asi como de caballos ó de otra cosa semejante, de que se debe aprovechar aquel que la rescibió, fasta tiempo cierto. Esto se entiende, cuando lo face por gracia, ó por amor, non tomando aquel que lo da, por ende, precio de loguero nin de otra cosa ninguna. Commodatum quiere decir como cosa que es dada á pro de aquel que la rescibió. E todos aquellos que dijimos en las leyes del titulo ante deste, que pueden dar, é rescebir emprestadas las cosas que se suelen contar, ó pesar, ó medir, esos mismos pueden dar, é receber tal préstamo como este, que se face de las otras cosas que non son desta natura, asi como de suso digimos.*

.....E la otra manera es, cuando home recibe emprestido de paños fechos, ó de bestias ó de siervos, ó de otra cosa qualquier; é quien en esta guisa alguna cosa de otri tomare emprestada, es tenuto de le dar aquella misma cosa que tomare, que aquel que la emprestada tomó, no ha en ella mas del uso, ó del servicio por que gela emprestaron: é siempre finca por suya de aquel que gela emprestó (1.^a, F. R.).

Despues de hablar del mútuo nos corresponde hacerlo de la otra manera de préstamo que tiene lugar, segun la ley, en las cosas no fungibles como libros, caballos y otras cosas semejantes que se usan sin que se destruyan. Tal es el contrato llamado comodato, cuyo nombre toma, en sentir de algunos, del latin *commodum*, provecho, y segun otros, tiene por etimología *cum modo*, porque la cosa se entrega al comodatario para que la use de cierta manera.

Se han dado varias definiciones de este contrato....., *commodati*, dice Conan, *ea est propria significatio in ea re, cujus usum certo aliquo tempore et modo concedimus ea lege ut nobis restitatur* (Núm. 4 de *Comm.*).

Voet le define: *Contractus bonæ fidei re constans, quo res alteri gratis, ad certum tempus et modum utenda traditur ea lege, ut finito tempore vel usu, restitatur in specie* (*Comm.* núm. 4).

Segun el Proyecto de Código es un contrato por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra alguna de las cosas no fungibles, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva; le ha faltado añadir, despues de un tiempo determinado, cuya circunstancia, como luego veremos, separa este contrato del precario.

Conocida la definicion del comodato, es tarea fácil deducir sus requisitos esenciales.

Es contrato real, pues para que exista préstamo se necesita la entrega de una cosa; la simple promesa constituiria otra especie de contrato, pero no el préstamo de uso, lo que ha hecho decir á Noodt: *Non consensu perfici commodatum, sed traditione ex consensu facta, usus causa* (*Ad.*, lib. XIII, tit. VI, *Comm.*).

Tiene solo por objeto trasferir el uso de la cosa; la propiedad y aun la posesion permanecen en poder del comodante: *Rei commodatæ*, dice Pomponio, *et possessionem et proprietatem retinemus* (Ley 8.ª, *Dig. Comm.*).

El comodatario posee en nombre del comodante, por lo que tiene una simple detentacion, mas bien que una posesion caracterizada: *Habet igitur commodatarius*, añade Noodt, *nudam detentionem non possessionem*.

Dos requisitos exige Pothier á las cosas para que sean materia de este contrato: la primera que estén en el comercio de los hombres. Y en efecto, la ley no puede permitir el uso de cosas prohibidas. Segun ha dicho con toda propiedad el juriconsulto Paulo: *ubi autem et dantis et accipientis turpitudó versatur, non posse repeti dicimus* (Ley 3.^a, Dig. de *Condict. ob. turp.*). Vale el préstamo de una cosa ilícita cuando se hace con fin honesto, como por ejemplo, prestar un libro malo para refutarle. Mas no debe prestarse una cosa lícita si se sabe que ha de hacerse de ella un mal uso, como por ejemplo, un puñal á un asesino para cometer un crimen.

El segundo requisito es que el préstamo recaiga sobre cosa no fungible por la razon sencilla antes indicada: mal podrá retener el comodante la propiedad de una cosa que solo tendria uso haciendo al comodatario dueño. Las cosas fungibles en las que no cabe separar el uso del consumo, no son á propósito para este contrato, por el cual adquiere el comodatario la obligacion de restituir la misma cosa específica: *est rem utendam dare*.

Las cosas fungibles solo por escepcion pueden ser objeto de este contrato cuando se entregasen por ostentacion ó por lujo segun las leyes 3.^a al fin y 4.^a, Dig. de *Commod.*: *Non potest commodari id, quod usu consumitur; nisi forte ad pompam vel ostentationem accipiat: sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut ostendantur*.

Puede uno por ejemplo tener necesidad de recibir prestada una pieza de plata, no para aprovecharla como moneda corriente, si no como medalla de estudio. Lo mismo sucede si se presta á un amigo una cantidad de dinero para mostrar en un acto cualquiera que lo tiene, pero con obligacion de restituirla en especie.

Aunque lo ordinario es que el comodato recaiga sobre cosas muebles, un caballo, un coche, un libro; se prestan tambien los inmuebles: una cueva, un granero ú otra parte de la casa: *Proinde non tantum res mobiles, sed etiam soli commodari potest veluti, fundus, ædes: nam et habitationem commodari posse placuit* (Ley 1.^a, § 1.^o, Dig. de *Comm.*).

En Roma las personas ricas prestaban sus casas á los poe-

tas para recitar en ellas sus versos. Juvenal, sátira 2.^a, versos 40 y 41, dice:

.....ac si dulcedine famæ
succensus recitas, Maculonus commodat ædes.

Estas repeticiones costaban algunas veces mucho dinero á los autores, porque tenian que alquilar banquetas, disponer la sala y tirar programas: *Nam et domum mutuatur et auditorium extruit et subsellia conducit et libellos dispergit* (Tac. de orator., 9).

Troplong hace con este motivo una referencia histórica. Aunque por derecho romano el comodato abraza tanto los bienes inmuebles como los muebles, el rigor del primitivo lenguaje se valió de una espresion particular para definir específicamente el préstamo de cosas muebles. Ulpiano enseña que Labeon hacia diferencia entre el comodato (*commodatum*) y el uso dado (*usum datum*). El comodato era una especie en el género, y solo se aplicaba al préstamo de los muebles. El *utendum dandum* al contrario, comprendia el préstamo de las cosas muebles é inmuebles. Esta distincion no subsistió: *sed ut appareat, proprie commodata res dicitur, et quæ soli est, idque et Cassius existimat* (Ley 1.^a, de Com.). Por eso Juliano compilador del edicto perpetuo, sustituyó la palabra comodato al *utendum datum* que Pacuvio autor del edicto habia usado. Las obras de Ciceron prueban tambien que en su tiempo la palabra *commodare*, se usaba en esta acepcion lata (Trop., *Du pret.*, cap. I, núm. 37).

Es válido el préstamo de cosa ajena, pues aunque no puede negarse al dueño de ella su derecho á perseguir el abuso y reclamar daños y perjuicios, el acto ha producido relaciones jurídicas independientes entre comodante y comodatario, lo cual basta para proclamar su validez. Los romanos llevaron tan lejos las consecuencias de este principio, que resolvieron, y la resolucion es justa, que el poseedor de mala fé que prestase la cosa ajena, aunque fuera robada, tendria la accion de comodato para conseguir del comodatario su devolucion. Paulo decide: *Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus: tametsi scientes alienam possidemus* (Ley 15). Y Marcelo dice: *Ita ut, et si fur vel prodo commodaverit, habeat commodati actionem* (Ley 16).

Lo que no cabe es que uno tome prestada su propia cosa: *Commodatum rei suæ esse non potest* (Pothier, núm. 19). Nadie toma prestado sino lo que le hace falta. ¿Qué objeto tendría el que uno se prestase su propia cosa? Sería el caso de decir con Ciceron. Tritolemo no había de ir á pedir prestadas las primeras semillas que repartió á los labradores. Ni Prometeo que comunicó el fuego á los mortales, iría de puerta en puerta con un braserillo en la mano pidiendo algunos carbones: *Ad Herennium IV, 6. Si Triptolemus quum hominibus semen largiretur, ipsi ab aliis id hominibus mutuaretur, aut si Prometheus, quum mortalibus ignem dividere vellet, ipse à vicinis cum testa ambulans carbunculos corrogaret, non ridiculum videretur?*

Solo de una manera, dice Pothier, puede tener lugar el préstamo de cosa propia. Si Pedro, usufructuario de una casa que me pertenece en nuda propiedad, me la presta para ir á restablecer mi salud, este préstamo no es contrario á la razon ni á las reglas de derecho, pues me procura un beneficio de que estoy privado por la servidumbre de usufructo que grava mi propiedad.

La cosa ha de entregarse gratuitamente al comodatario, de tal manera, que la adición de un precio cambiaria la esencia de este contrato: *gratuitum enim debet esse commodatum* (Inst. § 2.º al final). La ley trascrita de Partidas retrata su carácter benéfico expresando *que se face por gracia ó por amor non tomando aquel que lo da por ende precio de loguero ni de otra cosa ninguna*. Si os presto, dice Ulpiano, un caballo por diez dias con la carga de que me presteis el vuestro por otro tanto, no habré celebrado un comodato sino una convencion sin nombre: *commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum præscriptis verbis agendum est* (Ley 47, § 3.º, de *Præsc. verb.*).

El comodato participa de la donacion en cuanto constituye un beneficio para el comodatario, tiene analogía con el mútuo por ser una forma de préstamo, y con el arrendamiento porque trasfiere como este el uso de la cosa, aunque sin recompensa. Pero al que mas se parece es al precario, especie de préstamo de uso, del cual diremos algo en su lugar.

Por lo que respecta á la capacidad de los contrayentes, la regla es que solo pueda intervenir entre personas incapaces de obligarse, y que lo sean por tanto para celebrar préstamos.

§ II.

Derechos y deberes del comodatario.

(a) CONSERVACION DE LA COSA PRESTADA.

Ley 2.^a—¹Departieron los sábios que el préstamo del commo- dato se hace en tres maneras. La primera, cuando el que empresta la cosa, la empresta con entencion de facer gracia al que lo recibe tan solamente, é non por pro de sí mismo. Eso seria, como si emprestase un ome á otro caballo, arma, ó cosa semejante, que oviese menester. E de tal préstamo decimos que el que lo recibe, es tenuto de lo guardar tan bien como si fuese suyo propio, é aun mejor, si pudiere. Si lo non ficiere así, si se perdiese, ó muriese, ó lo empeorase por su culpa ó por descuidamiento, tenuto es de pechar otra tal cosa, é tan buena, á aquel que gela prestó. Empero, si esto aviniese por ocasion, é non por su culpa, non seria tenuto de lo pechar.....

En el comodato que á diferencia del mútuo solo trasfiere el uso, era de la mayor importancia marcar los deberes del comodatario y los diferentes grados de su responsabilidad. Con este objeto distingue el legislador tres clases.

Puede haberse hecho en beneficio esclusivo del comodatario, dándole cosa de que habia menester. Y en este caso debe conservarla como si fuere propia, y aun mejor si pudiere.

Infiérese por estas palabras que el comodatario debe, á ejemplo de un buen padre de familia, procurar la guarda y conservacion de la cosa prestada; esto no es mas que un corollario del deber que tiene de devolverla al dueño: solo ejerciendo esa vigilancia que la ley recomienda á su buena fé, podrá cumplir con esta obligacion. De aquí el precepto de la ley: si la cosa se deteriora ó se pierde por culpa ó por descuido, está

obligado á volver otra cosa tal y tan buena como se le prestó: no así cuando se hubiese perdido sin culpa suya por caso fortuito.

La prestacion de culpas ha sido uno de los puntos mas graves y peor definidos en esta materia. Los juriconsultos romanos pusieron el mayor esmero en alejar el dolo de semejante contrato. Paulo rechazó como contraria á las costumbres la cláusula, eximiendo de él al comodatario: *In commodato hæc pactio, ne dolus præstetur, rata non est* (17). Ni podia ser otra cosa tratándose de un contrato benéfico y de buena fé.

No hubo la misma armonía para decidir si el comodato era uno de esos contratos que como el depósito, solamente dan lugar al dolo, ó si por el contrario era de los que exigian la prestacion de culpas. Ulpiano fué de dictámen que haciéndose el comodato por lo comun en utilidad del comodatario, éste debia responder del dolo y la culpa, como fué tambien la opinion del sábio y venerable Quinto Mucio Scevola: *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur: et ideo verior est Quinti Mutii sententia, existimantis, et culpam præstandam, et diligentiam*

Ley 5.^a, § 2.^o, Dig. de Com.).

Segun la interpretacion dada por la antigua jurisprudencia á las leyes romanas, el cuidado que debia prestar el comodatario, era el mayor; la culpa que debia prestar, la levisima. Dos textos de Casio sirvieron de fundamento para esta doctrina: *Exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur: nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit* (Ley 1.^a § 4.^o, Dig. de ob. et. act.). *In rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet* (Ley 18, Dig., Com.).

Los escritores que no aprueban la triple division de culpas establecida por la antigua jurisprudencia, buscan y comparan textos para demostrar que por ella se falsea el pensamiento de los grandes juriconsultos del Imperio; pues los mas evitaron cuidadosamente emplear el superlativo, y otros quisieron dar á entender que el comodatario debia ser solícito, manifestar diligencia, no que debiese llevarla á la exageracion: *Culpa non ad exactissimam diligentiam dirigenda est* (Ley 72, Dig., Pro socio).

El Digesto abunda tanto en casos y resoluciones científicas, que no ponemos en duda que se hallen autoridades para fundar cualquier opinión; pero el hecho cierto es que las leyes exigieron del comodatario el mayor esmero, y que no le toleraron falta alguna cuando el préstamo se hubiese hecho por su exclusiva utilidad. Los Códigos posteriores han tomado por ejemplo su rigor. Dejamos consignado el precepto de la Ley Alfonsina. La ley 2.^a del tit. XVI, lib. III del Fuero Real dice: *Si el empréstito es fecho á pro solamente de aquel que lo recibió, é pierde la cosa por su culpa, grande ó pequeña, quanto quier que sea la culpa, sea tenuto de dar la valia á su dueño.*

Su cuidado no se limita á la cosa misma, sino que debe entenderse á las que le acompañen. En un caso particular hizo la ley romana esta declaracion que hoy es doctrina general: *Usque adeo diligentia in re commodata præstanda est, ut etiam in ea, quæ sequitur rem commodatam, præstari debeat: ulputa, equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam præstare debere, veteres responderunt* (Ley 5.^a, § 9.^o, Dig., Com.).

Del caso fortuito no responde el comodatario, porque en ningun contrato se presta.

La ley romana, exigente con el comodatario, le hacia responder del robo, cualquiera que fuese su autor, suponiendo que con mayor precaucion de su parte hubiera podido impedirle: *Rem mihi commodasti, eandem subripuisti: deinde cum commodati ageres, nec à te scirem esse subreptam, iudex me condemnavit et solvi....* (Ley 21).

Pero como caso de fuerza mayor, le declaraba exento de responsabilidad, pudiendo acreditar que habia ocurrido sin culpa suya: *Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidisssem ad te perferendum, ut non debuerit, quis æstimare futurum ut à quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent* (Ley 2), Dig., id.).

Este y cualquier otro caso será una cuestion de hecho: el deber del legislador es consignar la regla, y aquí la formula sin rodeo. Dice la ley comentada: Si el daño aviniere por ocasion, non seria tenuto de lo pechar. La 2.^a del Fuero Real establece igual principio, aunque con limitaciones: esas limitaciones, me-

dian­te las cuales el deudor responde alguna vez del caso for­tu­ito. Pero si la perdiere por alguna desventura, no sea tenuto de la dar, si la desventura no vino por su culpa, ó si no le hizo pleito de darta á su dueño, maguer la perdiere por cualquier desventura, ó si gela tuvo mas sin razon derecha que no la hu­biera de tener, é despues al tiempo que la hubiere á dar se perdió.....

Part..... ²La segunda manera de préstamo es, cuando de la cosa emprestada se aprovecha tambien el que la da, como el que la recibe; esto seria, como si dos omes convidasen á comer de so uno á un su amigo, é el uno dellos oviese vasos de plata, é el otro non; é aquel que los non avia, rogase al otro, que se los prestase para facer honra, é placer á aquel su amigo. De tal préstamo ó otro semejante decimos que el que lo recibe, non es tenuto de guardarle mas, que faria las sus cosas propias. Por ende, guardándolo él como lo suyo, maguer se perdiere por ser él de mal recabdo, non seria tenuto de lo pechar.

Cuando el contrato se celebra en utilidad de ambos contra­yentes se presta la culpa leve. Gayo, despues de haber dicho que el comodatario debe tener el mayor cuidado posible, añade: *hæc ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim... culpa sit æstimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus, æstimari solet* (18, Dig. de Comm.).

Como segun la opinion general de los intérpretes el como­dato celebrado en utilidad de los contrayentes obliga á la culpa leve, llamó la atencion del comentador que esta ley solo les exi­ja la que uno acostumbra á emplear en sus cosas: por lo que espli­cando esta diferencia dice: *cujus ratio forte potest assignari, quia in tali commodato vertitur societas quædam illius rei commodatæ, unde sufficit eam diligentiam adhibere qualem in rebus suis adhibere solet* (Glosa 5.^a).

Del anterior principio se infiere que guardando la cosa co­mo propia, si se perdiere por ser el comodatario hombre de mal arreglo, no la tendria que pagar. Mas á fin de precaver los abusos que serian de temer con una doctrina tan laxa, debe en­ tenderse conforme á la mente del comentador: *intellige de eo, quia*

aliquahter erat negligens, non tamē omnino (Glosa 6.^a). Para apreciar el grado de culpa en el comodato, no debe ni puede prescindirse de la cualidad de las personas, porque un estudiante no cuida un caballo lo mismo que un veterinario; pero no hay excusa para un hombre completamente negligente: *quia caderet in latam culpam*.

Part.....—³La tercera manera es, cuando el que empresta la cosa, lo hace con entencion de facer honra, é placer á si mesmo, mas que por aquel que lo recibe. Esto seria, como si alguno emprestase á su esposa, ó á su muger, algunos paños preciaados, porque viniere ante él mas apuestamente, é mejor: E decimos que pues que él hace el préstamo, por su honra, é por su placer, si ella pierde aquello que le prestó, non es tenuta de lo pechar; fueras ende si lo dejase perder engañosamente. E lo que dijimos en esta ley, ha logar non tan solamente en estas cosas, mas en todas las otras semejantes.

Cuando el contrato se celebra en beneficio del acreedor, el deudor solo presta la culpa lata. Por este principio dice Ulpiano en la ley 5.^a, § 10: *Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, præstavit... si sua duntaxat causa commodavit, sponsæ forte suæ, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur: vel si quis ludos edens prætor scenicis commodavit, vel ipsi prætori quis ultro commodavit*.

Ley 3.^a—¹Por ocasion perdiendo algun ome la cosa emprestada, que fuese de aquellas que se non pueden pesar, nin contar, nin medir, como caballo, armas, paños ó cosa semejante, non es tenuto de la pechar el que la rescibe, si se pierde sin su culpa. E por ocasion se perderia, é non por su culpa si gela quemase fuego, con otras cosas, ó si se cayese la casa de suso, é la matare; ó gela levasen avenidas de aguas, ó gela robasen los enemigos, ó la furtasen ladrones; ó si la perdiese sobre mar por alguna tempestad, ó por quebrantamiento de algun navio, en que la levase ome; ó en otra manera semejante.....

Ley 5.^a, Fuero Real.—Quien caballo ó otra cosa emprestare á otri para usarlo en su casa ó en otro lugar nombrado, si en aquel servicio para que fuese emprestado se perdere sin su culpa, el que lo tomó emprestado no haya pena.....

El comodatario es responsable de la pérdida ó deterioro de la cosa prestada, aunque se pierda por caso fortuito, cuando haya habido culpa por su parte. Esta primera escepcion se encuentra repetida en varios pasajes del derecho romano: *Comodatarius et in majoribus casibus, si culpa ejus interveniat, tenetur* (Ley 1.^a, § 4.^o, Dig., de *Oblig. et act.*).

El uso fraudulento de la cosa prestada fué considerado por los romanos como un robo, de lo cual presenta aquel derecho notables ejemplos. Valerio Máximo refiere, que habiendo tomado á préstamo un particular un caballo para ir á Aricia, fué condenado como ladrón por haber pasado con él la colina situada mas allá de esta villa; *furti damnatus est*. Aulo Gelio trae á este propósito un pasaje curioso. Labeon, dice, en el libro segundo de su Tratado sobre la ley de las Doce Tablas, da á conocer varias decisiones estremadamente severas de los antiguos romanos sobre el robo. Segun relacion de este autor, Bruto tenia costumbre de decir que incurria en las penas del robo (*furti damnum esse*) el que hiciese andar á un caballo distinta ruta de aquella para la que le habia tomado, ó mayor distancia de la que se hubiese convenido: *Item qui longius produxerat, quam quem in locum petierat*. Por lo cual Scévola en el lib. XVI de su obra, sobre el derecho civil, decide; que tiene la pena de robo el que usa de un depósito que se le ha confiado, ó que emplea la cosa en uso diferente de aquel para el que se ha concedido.

En efecto, los textos de derecho romano califican de robo el uso fraudulento de la cosa prestada, pues aunque el hurto no recayese sobre la cosa misma, recaía sobre el uso de ella; *Contrectatio fraudulosa rei, vel etiam usus ejus, possessionisve* (Ley 1.^a, § 3.^o, Dig., de *Furtis*).

Pothier propendia á hacer prevalecer estos principios; pero las legislaciones no han copiado este rigor contentándose con establecer las dos conclusiones formuladas en nuestra ley. 1.^a El comodatario que traspasa los términos del contrato está sujeto á la indemnizacion de daños y perjuicios. 2.^a Responde de la pérdida ocurrida por fuerza mayor durante el ejercicio de un uso ilegítimo.

Sufre estas consecuencias, porque se supone perdida por su culpa la cosa de la que hizo un uso indebido.... *Si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cœnam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione, etiam piratarum, et latronum, et naufragii casum præstare debet* (Ley 18, Dig., de Com.).

³Otro si recibiendo un ome de otri alguna cosa prestada fasta tiempo cierto, que non fuese de aquellas que se suelen contar, nin pesar, nin medir, si pusiese tal dia, ó ora cierta, á que la tornase á su señor, si de aquel dia, ó de aquella ora en adelante, usase de aquella cosa, teniéndola contra voluntad de su señor é se perdiese, ó se muriese, tenuto seria de la pechar.

Al comodatario no solo le está prohibido dar á la cosa un uso indebido sino que tampoco puede retenerla un tiempo mayor del que se le fijó en el contrato, y si lo hiciere, sufre las consecuencias de la demora en los términos que se ha dicho: al comodato se aplica la máxima que tiene lugar en todos los contratos; *ubi mora præcessit casum, tenetur quis de casu* (Glosa 8.^a).

Pero si pudiera justificar que el comodante no habria tenido dificultad en autorizar un uso mas largo, mereceria indulgencia. Pothier ha sido de esta opinion: aunque regularmente, dice, el comodatario no puede retener la cosa fuera del tiempo convenido; con todo, si la necesitare algunos dias mas y el comodante no espermentase perjuicio por el retraso, deberia dejársela durante esos dias. Parece presumible que la amistad que le decidió á hacer el préstamo, le impulse á concederle esta próroga.

³Eso mismo seria, si aquel que recibiese la cosa prestada, se obligase en tomandola que si se perdiese, ó se muriese, ó se empeorase por alguna destas cosas que dijimos, que fuese el peligro del.

El comodatario, por último, responde del caso fortuito cuando recibe la cosa espresamente con esta condicion. Los emperadores Diocleciano y Maximiano dejaron consignada esta doctrina en la ley 1.^a del correspondiente título del Código: *Sed cum is, qui à te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis, ac fortunam futuri damni in se susce-*

pisce proponatur: Præses provincæ, si probaveris eum indemnitatem tibi promississe, placitum conventionis implere eum compellet.

Semejante convencion no es contraria á la equidad, porque no estando el comodante obligado á prestar la cosa, ni por consiguiente obligado á responder de los riesgos del comodato, está autorizado para no prestarla si no bajo esa condicion.

Prestada una cosa con estimacion de cierta suma, declara el Proyecto de Código que si se pierde por caso fortuito responde el comodatario del precio á no haber pactado espresamente la exencion de responsabilidad (art. 1636).

La ley romana en que se apoya esta doctrina es la 5.^a, § 3.^o, tít. VI, lib. XIII, Dig., en la que Ulpiano dice: *Si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstatarum recepit.*

Sin embargo, este texto ha atormentado á los espositores; cada uno de los cuales le ha interpretado á medida de su deseo. Acursio, Bartolo y Domat, opinan que Ulpiano ha querido hablar de la fuerza mayor. Por el contrario, Panorme, Bruneman y Pothier, sostienen que habla de la pérdida ocurrida por culpa del comodatario (Pothier, número 62). De modo, que la primera dificultad nace de la inteligencia de la palabra *periculum*; pues como puede limitarse á un daño causado por culpa del comodatorio, puede aplicarse á todo daño, aunque sea fortuito, lo cual parece haber sido el ánimo de su autor, *omne periculum*.

Pero supongamos que así se entienda, ¿tanta es la fuerza de la estimacion que ella sola baste para cambiar las condiciones del contrato? ¿No es un principio de derecho que la cosa perece para su dueño?

Nosotros no creemos que esta estimacion cambie el comodato en mútuo y menos que sea una venta; lo probable parece que el comodante ha tomado esta precaucion para asegurarse de la restitucion de la cosa ó de su precio, y en caso de duda la equidad aconseja decidir á favor del comodante. El referido jurisculto dice en el lib. XIX, tít. III, § 1.^o, Dig. de *æstimatoria: æstimatio periculum facit ejus qui suscepti: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut æstimationem de qua convenit.*

Lo mejor es que los contrayentes se expliquen claramente, para que la estimacion no se convierta en daño del comodatario contra su intencion.

El comodatario no presta el caso fortuito; pero si en una inundacion ó un desastre de ese género sacrificara la cosa prestada por salvar las suyas; Ulpiano le declara responsable, porque le considera culpado: *Si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquid damnum fatale, non tenebitur; nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas prætulit* (Ley 5.^a, § 4.^o, Dig., Com.).

Barbeyrac opina que la jurisprudencia se separó de las reglas de la razon natural exigiendo al comodatario el sacrificio de su propio interés; cuando el cuidado de nuestros intereses, dice, aparece en concurrencia con los intereses ajenos, de manera que no se pueda atender á los dos á la vez, los primeros tienen la preferencia, pues siendo las cosas iguales, cada uno debe atender á las propias antes que á las ajenas. Este escritor opina que hay fuerza mayor en la imposibilidad de salvar la cosa prestada sin sacrificar la cosa propia, y afirma que la responsabilidad impuesta al comodatario no es conforme al derecho natural, y solo puede explicarse por una voluntad arbitraria de los jurisconsultos romanos.

Troplong llama falso este razonamiento, porque coloca al egoismo en el lugar que corresponde á la gratitud, y dá una estension indebida á la moral del interés. El comodatario, dice, que cuida de sus propias cosas mas que de las ajenas, cuando se le han prestado para su uso por favor, falta al reconocimiento, y falta mas cuando en un peligro del cual hubiera podido salvarlas aun á riesgo de esponer las suyas, no lo hace por el temor egoista de no perder lo propio, lo que le pertenece.

Algunos admiten la regla, pero añaden que debe hacerse una escepcion en el caso en que colocado el comodatario entre su propia cosa que tenia un gran valor y la ajena que no valiese tanto, da la preferencia á la primera. Pothier, Voet y otros autores rechazan, sin embargo, esta distincion.

El silencio de la ley de Partidas es tanto mas extraño cuan-

to que fuera del derecho romano, tenia un bello ejemplo que imitar en la ley 5.^a, tít. V, lib. V del Fuero Juzgo: *Qui recibe alguna cosa emprestada, ó en guarda, é salvar todas sus cosas de quema ó de agua, ó de enemigos, ó de otra tal guisa, é perdiere la aienã, peche lo que recibió en guarda sin ninguna escusacion. E si salvare alguna partida de sus cosas, é la aiena perdiere, segun el asmamiento de lo que salvó, peche quanto mandare el juez. E si perdió todas sus cosas, é salvar las aienas, debe haber parte de lo que salvó segun mandare el juez. Ca derecho es que aquel non haya daño solamiente que se metió en gran periglio, é mientra que se esforzó de salvar las cosas aienas, perdió las suyas propias.*

Ley 7.^a, Part.—¹*Caballo ó otra cosa semejante tomando un ome de otro prestada, el que lo recibe, tenuto es de darle de lo suyo, que coma, é todas las cosas que fueren menester, de mientra que se sirviere della. ²Mas si por aventura cayese en alguna enfermedad sin culpa de aquel que la habiu emprestado, todas las cosas que le fuere menester, para guarecer aquella enfermedad, tambien en las melecinas, como en galardón al maestro que le guaresciere por su trabajo, el señor de la cosa es tenuto de lo pagar, é non el que la tiene prestada.*

Es obligación del comodatario abonar los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservacion de la cosa prestada, como si fuera un caballo, satisfacer los gastos de comida y manutención. Los gastos extraordinarios corren por cuenta del dueño: *Cibarium impensæ, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepisset* (Ley 18, § 2.^o).

Los primeros son gastos necesarios que, como dice Acurcio, se compensan con los servicios de la cosa prestada. El buen sentido indica que debe suplirlos el comodatario por una obligación tácita, que no hay necesidad de espresarla. ¿Qué sería de la cosa si se descuidasen sus necesidades mas urgentes? ¿Valdría para el servicio un caballo si no se le diese de comer?

Mas el préstamo no priva de su propiedad al dueño, por lo que á éste incumbe sufragar los gastos que se aplican mas á la conservacion de la cosa que al ejercicio del uso de ella. Gayo

hace resaltar esta distincion en la ley antes citada, contando entre los gastos mayores los de curacion de un esclavo, así como los que fueran precisos para su busca y seguridad si hubiese huido: *Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet.....* (Id.).

El Proyecto de Código añade con grande oportunidad, para evitar cuestiones, que antes de hacer estos gastos debe el comodatario ponerlo en conocimiento del comodante, á no ser que fuesen tan urgentes que no pudiera anticipar el aviso sin grave peligro (art. 1642).

(b) DEVOLUCION DE LA COSA AL DUEÑO.

Ley 9.^a—¹*Para servicio cierto, ó fasta tiempo señalado, rescibiendo alguno de otri caballo ó otra cosa semejante emprestada; luego que el servicio fuese fecho, ó el tiempo cumplido, tenuto es de la tornar á su señor. ²E non la puede tener dende en adelante como en razon de prenda, maguer aquel que gela habia prestada, le oviese á dar alguna debda, ó otra cosa: fueras si la debda fuese por pro, ó por razon de aquella cosa mesma que rescibió prestada. E aun estonce ha manester que sea fecha despues que gela prestaron, é non ante. Ca estonce bien la puede tener, fasta que sea entregado de la despensa que fizo en la cosa prestada: seyendo la despensa atal que con derecho la puede demandar. ³E la pena que deben aver aquellos que non tornaren la cosa prestada es esta: que la deben dar con las costas, é las misiones que fizo en demandandola, á aquel que la prestó. ⁴E demás, si la cosa se perdiese, ó muriese, ó menoscabase despues que el pleito fuese comenzado por demanda, é por respuesta, seria el peligro de aquellos que la recibiesen prestada.*

Las declaraciones de esta ley son del mayor interés, por lo cual las analizaremos con la correspondiente distincion.

La segunda obligacion de las dos que especialmente pesan sobre el comodatario, consiste en la devolucion de la cosa prestada, verificada como es natural con todos sus accesorios. Pero el comodato puede haberse celebrado señalando tiempo ó de-

terminando el uso ó el fin para el que se concede; y por eso dice la ley que empieza á ser eficaz la obligación desde que el servicio esté acabado ó el tiempo cumplido. Todavía quieren los autores que el término, aunque de antemano establecido, se reduzca si falta la necesidad por haberse llenado el objeto antes de tiempo; como sucedería si habiendo dado á copiar un libro por un mes, se copió á los quince días, ó tambien por muerte del comodatario, si se le hubiera concedido para un uso exclusivamente personal.

La devolucion debe hacerse al dueño ó á su representante legítimo: *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset* (Ley 180, de *reg. jur.*). El comodatario no puede excusar su obligación á pretexto de que el comodante no era dueño: por su parte debe entregarla á aquel de quien la recibió; éste cuidará de darla á quien corresponda (Poth., núm. 38): No obstante, si averiguó que era robada, conviene que lo avise al verdadero dueño para que haga con tiempo las oportunas gestiones.

Al decir que la restitucion ha de hacerse al representante legítimo, se quiere dar á entender que el comodatario no debe confundir al que solo ha sido enviado para prevenirle ó darle aviso de que entregue la cosa con el que lleva poder para recibirla: *Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit: si dominus ei dari jusserat, domino perit: si commoendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est* (Ulpiano, ley 12, de *Com.*).

Tampoco sería válida haciéndola á persona que hubiese sufrido la interdiccion de sus bienes, ó que hubiera cambiado de estado, v. gr., una mujer que hubiese contraido matrimonio.

En cuanto al menor, se propone la siguiente distincion, ó la cosa es de las que el tutor le entrega para su uso, ó no lo es: en el primer caso vale la restitucion que se haga á él directamente, sin que obste la máxima *pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest*, porque dejándola á su disposicion, virtualmente ha consentido en que la prestase, y puede hacerse á él mismo la devolucion: en el segundo rige el derecho comun, y la devolucion debe hacerse al tutor (Troplong., cap. I, núm. 107).

El lugar debe ser el del contrato si se hubiese estipulado, y en otro caso el domicilio del comodante ó el lugar en que habitualmente estuviese la cosa.

Debe hacerse en el estado en que se encuentra, sin que el comodatario responda del deterioro siempre que provenga del uso inevitable de la cosa, es decir, que no se haya producido por falta suya. Pomponio presenta el ejemplo siguiente: Yo he prestado un caballo para hacer tal viaje; si la fatiga, sin culpa ninguna del comodatario, ha estropeado el caballo, no tiene que resarcir el daño: *Ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit* (Ley 23).

El comodatario no puede retener la cosa por via de prenda ni bajo el pretexto de que el comodante tenia que pagarle deuda ú otra cosa. La anterior disposicion está tomada de un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano: *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur* (Ley últ., Cód. Como.).

La ley 6.^a del Fuero Real reproduce el mismo principio: *Si alguno empréstó caballo á alguno para llevarle á alguna lid, é lo mataren ó se perdiere, no sea tenuto de gelo pechar; é quien alguna cosa recibió empréstada de su deudor, no le pueda toller lo que prestó por razon de lo que se debia: esto mandamos en los empréstidos que no son por cuenta ó medida....*

La esplicacion es sencilla: la compensacion, segun es sabido, no procede contra la deuda de un cuerpo cierto, como es la restitucion de la cosa prestada.

La ley admite la compensacion, pero es cuando la deuda se contrajo por beneficio de la cosa y no antes, sino despues de haberse prestado. Entonces puede retenerla hasta indemnizarse del importe del gasto causado, siendo éste de tal indole que por derecho se puede reclamar.

El Proyecto de Código no reconoce esta escepcion, pues sería, dice Goyena, en extremo duro, que el comodante, despues de beneficiar al comodatario y concluido el uso de la cosa, se viese privado de gozarla so color de espensas mas ó menos ciertas y justas.

Pero en apoyo de la teoria romana, defendida por los mas

conocidos espositores, Vinio, Heinecio, Sala, etc., dice Pothier que el comodatario tiene de comun con todos los que hacen gastos para la conservacion de una cosa de que están en posesion; el corresponderle el derecho de retencion de esta cosa hasta conseguir el reembolso mediante considerarse obligada por dichas impensas: *veluti quodam pignoris jure*. Las impensas crean un derecho real que afecta la cosa y dá lugar á su embargo.

El comodante no puede abandonar la cosa para eximirse del deber que tiene de pagar los gastos legitimos, deber que está obligado á cumplir aunque la cosa prestada no exista, si pereció sin culpa del comodatario.

Ni la restitucion voluntaria de la cosa, sin exigir el reembolso de las impensas, ni la necesaria verificada á virtud de sentencia que no contenga esta reserva, privan al comodatario de esa accion que es una consecuencia de su derecho. Cuando el comodatario no pueda obtener el reembolso de sus impensas por via de retencion le compete, en sentir de Gayo, la accion contraria de comodato (Ley 18, § 4.º, Dig., Com.).

El comodatario que no vuelve la cosa en el tiempo y de la manera que está obligado á hacerlo, debe ser condenado en las costas y abonar cuantos gastos ocasionó al comodante. Además sale responsable al peligro de la cosa dada en comodato si se pierde, muere ó menoscaba despues de contestada la demanda.

La accion nacida de este contrato se llama de comodato, y sirve como de sancion para cada uno de los derechos y de los deberes del comodante y del comodatario.

Ley 4.ª, Part.—*Emprestada tomando un ome alguna cosa de otri, de aquellas que se non suelen contar, nin pesar, nin medir, si aquel á quien fuese prestada, la enviase al señor cuya era, con algun su ome de recabdo que fuese atal, que oriesse acostumbado de fiar en él tales cosas, ó mayores, si en levándola este atal, la perdiese por acasion, como si gela tolliesen por fuerza, ó gela furtasen, ó en otra manera semejante, ó si le ficiesen algun engaño, por que la perdiese; en qualquier destas maneras, ó en otras semejantes; decimos que se pierde á aquel que la prestó, é*

non al que la tomó prestada. Ca pues él puso aquella guarda en enviarla que ficiera si suya propia fuese, non es tenuto de la pechar.....

La ley trascrita se dió para un caso particular, y tuvo origen en las doctrinas de la glosa y de los doctores sobre la 10 de igual título del Digesto. Cuando la cosa dada en comodato se encomienda á tercera persona para que la entregue á su dueño, y se pierde fortuitamente en su poder por ocasion, por engaño ó cosa semejante, si el mandatario fuese hombre de confianza, el comodante la pierde, porque no puede exigirse mas del comodatario sino que emplee en el envío la diligencia que hubiere puesto si la cosa fuese suya.

Concurriendo tales circunstancias en el mandadero, aunque se hubiera dejado sorprender, la pérdida seria para el comodante. Me habeis prestado, dice Juliano, algunas alhajas y os las devuelvo por uno de mis esclavos tan avisado y tan prudente que no debo temer que se deje engañar en el camino por los ladrones. Si á pesar de esto cae en una emboscada, la pérdida será para vos, no para mí:.... *ut à quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum, detrimentum erit, si id mali homines interceptissent* (Ley 20, citada, Dig. de Com.).

No todos los autores aprueban esta solucion; pues dicen que la cosa prestada sigue la responsabilidad del comodatario, interin no se restituya al comodante en el lugar convenido; que así como viniendo en persona á devolver la cosa si se hubiera dejado sorprender, el daño recaeria sobre él, de la misma manera parece justo que le soporte siendo el engañado un mandatario suyo consagrado á su servicio y no al del mandante.

Pero los intérpretes están en su mayor parte conformes en sostener la doctrina del texto citado, y lo mismo puede afirmarse de nuestra ley, porque lo que exige del comodatario es prudencia en la eleccion. ¿A él, qué defecto puede achacársele? Ha hecho por su parte cuanto podía: si el mandadero se ha dejado engañar será una desgracia, una especie de fuerza mayor que recae sobre el dueño de la cosa.

2 Mas si la enviase con ome que non fuese de buen recabdo, é en quien non oviese acostumbrado de far tales cosas; si se perdiese por culpa deste atal, ó por su negligencia, tenuto seria de la pechar aquel que la oviese tomado prestada.

El artículo anterior hacia forzosa esta disyuntiva: la ley 10, citada del Digesto, se completa con la siguiente 11: *qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit.* Impútese á sí mismo no haber elegido persona mas á propósito, como dicen los intérpretes: *in culpa est malæ electionis.*

3 Mas si aquel que oviese emprestado tal cosa, enviase por ella algun ome suyo, é aquel que la tenia, gela dièse; si aquel su ome que envió por ella, la perdiese, ó la malmetiese, ó se fuese con ella, perderse y a á aquel cuya fuese, é non á aquel que la tomó emprestada.

El comodatario no hacia en este caso mas que cumplir las órdenes del comodante; culpa fué de éste valerse de un hombre que abusó de su confianza: *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset* (Ley 180, Dig. de Reg. jur.).

4 Pero si este que la habia prestado, é cuya era, enviase á decir á aquel á quien la habia prestado, que gela enviase por algun su ome de recabdo, en quien se fiase, é este por quien gelo envió á decir, cambiase la razon, é dijese, que le enviaba á decir que gela enviase por sí mismo; si este que la tenia lo creyese, é gela dièse, si la perdiese, ó se fuese con ella, es el peligro de aquel que la tiene prestada.

El comodatario sufre las consecuencias de haber sido crédulo, segun observacion de la glosa á la ley 12 del Digesto: *si mei causa, dolum tantum.* § 1.º *Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit: si dominus ei dari jusserrat, domino perit: si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est.* Gregorio Lopez, sin embargo, limita esta ley diciendo que debe entenderse fuera del caso en que el comodatario tuviese justa causa para creer, como si el encargado hubiera llevado un documento falso, ó fuese un dependiente acostumbrado á hacer tales recados.

El estudio de nuestros cuerpos legales produce efectos es-

traños, casi sorprendentes: disposiciones omitidas en unos se encuentran en otros donde menos podia esperarse. Hemos citado una ley notable del Fuero Juzgo: la 7.^a del mismo titulo alusiva al asunto, tambien es curiosa. *Si el señor mandó al siervo que fuese demandar alguna cosa emprestada y el siervo fugiere con ella, el sennor la debe pechar. Mas si el siervo demandaba las cosas, sin mandado de su sennor é las perdiere ó fugiere con ellas, el señor del siervo jure que lo non entió pedir las, é que lo non sopo cuando las pidió é non peche ende nada..... Otrosí decimos de las cosas encomendadas.....*

Ley 5.^a, Part.—¹Muriéndose alguno, á quien oviesen prestado caballo, ó cosa semejante, tenuto es de lo tornar su heredero al que lo emprestó. E si los herederos muchos fuesen, cualquier dellos que aya aquella cosa, es tenuto de la rendir á aquel cuya era, ó á sus herederos. ²Otrosí, si el que tomó la cosa prestada, la perdió en su vida, ó la perdieron sus herederos, despues que él murió, por su culpa; son tenudos cada uno dellos de la pechar, pagando cada uno su parte en aquella cosa, segun valier; ó deben comprar otra tal cosa como aquella, é tan buena, é darla á aquel cuya era la otra que se perdió. ³E si una cosa fuere emprestada á dos omes, ó mas, é quando gela emprestaron, non se obligasen cada uno dellos en todo para tornarla; si aquella cosa se perdiese, tenudos son cada uno dellos de pechar su parte, é non mas.

Es máxima de derecho que el que contrae lo hace para sí y su heredero, por lo cual con razon dice la primera parte de esta ley, que el heredero del comodatario debe devolver al comodante la cosa prestada.

Si los herederos fueren muchos, aquel en cuyo poder estuviere la cosa, debe restituirla al dueño ó los suyos.

La equidad, dice el comentador, recomienda que así se haga como escepcion de la regla: *pro hæreditariis partibus hæredes onera hæreditaria agnoscere etiam in fisci rationibus placuit* (Ley 2.^a, titulo XVI, lib. IV, Cód.); lo cual, sin embargo, entiende con la siguiente limitacion: *nisi prius fuisset lis contestata cum defuncto super restitutione rei.*

Aunque la obligacion sea de todos, tiene lugar la regla que Ulpiano establece en el § 3.º de la ley 3.ª, Dig. de *Com.*: *Hæres ejus, qui commodatum accepit, pro ea parte, qua hæres est, convenitur: nisi forte habuit facultatem totius rei restituendæ, nec faciat: tunc enim condemnatur in solidum; quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.*

Si el comodatario perdió la cosa, ó los herederos, despues de su muerte, todos deben prestarla, pagando cada uno de ellos su parte segun valiere, ó deben comprar otra igual ó tan buena y entregarla al dueño.

Como representantes del difunto es igual la obligacion de todos á restituir la cosa. No puede este punto ofrecer dificultad.

Si el comodato se hubiese hecho á dos personas ó mas, y al constituirle no se hubiera obligado cada una de ellas *in solidum*, cuando la cosa se perdiera, responderá cada cual por su parte, no en el todo.

Las Colecciones de Justiniano presentan en este punto dos textos célebres, cuya aparente contradiccion ha preocupado mucho á los intérpretes: la ley 5.ª, § 15, Dig. de *Com.*, tomada del comentario de Ulpiano sobre el Edicto del Pretor y la ley 21, § 1.º, extractada del lib. VIII de las cuestiones de Africano. En la primera supone Ulpiano que dos personas han alquilado un carruaje, y decide que cada una de ellas asume las obligaciones del comodato *in solidum*. La segunda presenta el caso de haberse prestado á varios una vajilla, y Africano resuelve que cada uno de los comodatarios solo responde de su parte.

Muchos opinaron que el principio debía ser la solidaridad proclamada por Ulpiano. La glosa, sin embargo, esplicó la ley en el sentido de que la obligacion era parcial, ó lo que es lo mismo, que los comodatarios solo respondian *in solidum*, cuando así lo hubieran espresado. Lopez dice que los autores de las Partidas aprobaron la doctrina de la glosa, aunque añade que debe entenderse: *quando uterque commodatarius dolum, vel culpam commisit: nam si unus tantum committeret, ille solus teneretur in totum* (Glosa 4.ª).

§ III.

Derechos y deberes del comodante.

En frente de los deberes del comodatario aparecen los del comodante: deberes que no alteran el carácter unilateral del préstamo de uso, pues no los crea el contrato por una disposición principal, sino que proceden de la obligación llamada contraria por las leyes romanas, una obligación que se relaciona mas con la materia de las obligaciones implícitas ó de los cuasi contratos, que de los contratos propiamente dichos.

Los jurisconsultos acudieron á varias hipótesis para clasificar de una manera científica dichas obligaciones. Gayo busca su esplicacion en una justa causa, un motivo natural, *justa causa, naturali ratione* (Ley 18, § 2.º, Dig., Com.). El comodatario, dice, que ha sufrido algun perjuicio por causa del comodante, podria indemnizarse á su costa mediante la compensacion. Ahora bien, ¿no es esta una prueba de que puede tomar la iniciativa y ejercitar una accion? Tal es la necesidad de la accion contraria: *Dicemus necessariam esse contrariam actionem* (Id., § 1.º).

Paulo, remontándose á los orígenes de la equidad, señala el cuasi contrato como fundamento de la accion contraria. No teniais, dice, obligación de hacerme el préstamo; solamente una intencion benéfica os impulsó á prestarme este servicio. Pero una vez consumado, habeis contraido la obligación de no hacer nada que contrarie este beneficio. Se opone á ello no solo vuestro deber, sino la obligación comprendida en la entrega de la cosa al comodatario, que la ha recibido con la esperanza de disfrutarla el tiempo señalado: *Non tantum officium impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque*. De la misma suerte que el que se encarga de los negocios de un ausente no puede abandonarlos, así él debe procurar la consumacion del contrato, sin lo cual el servicio no seria un auxilio para el comodatario, sino un origen de desengaños: *Adjuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet* (Ley 17, § 3.º, Dig. Com.).

Troplong descubre en estas esplicaciones una nueva prueba de los esfuerzos de la jurisprudencia para sacudir el yugo de las clasificaciones. Es probable, dice, que originariamente las obligaciones tácitas del comodante solo produjesen una escepcion para eludir la demanda intentada contra el comodatario. Pero parecia equitativo investirle de una accion para reclamar sus derechos y la obtuvo del magistrado, cuya concesion fué tanto mas natural cuanto que las obligaciones nacidas de los cuasi contratos comenzaban á desenvolverse. La jurisprudencia moderna, sin embargo, no necesita hacer violencia á sus orígenes ni á su naturaleza para legitimar las obligaciones del comodante. Basta que la equidad y el derecho natural le hayan impuesto un deber, para que no quede sin una sancion espontánea y legal (Cap. I, núms. 144 y sig.).

Hagamos aplicacion de estos principios en algunos casos particulares.

El comodante no puede reclamar á capricho la restitucion de la cosa, pues aunque hubiera podido sin ofensa no entregarla al comodatario, le causaria injuria quitándola antes de llegar el tiempo, ó de haber hecho el uso para el que se la prestó. Paulo propone esta doctrina: *Sicut voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati, finemque præscribere ejus est, qui beneficium tribuit: cum autem id fecit, tunc finem præscribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatæ rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque* (Ley 17, § 3.º, Dig., id.).

Si corriendo el tiempo del comodato tuviese necesidad urgente de la cosa prestada, parece que no deberia tener derecho á reclamarla, porque prestándola ha consentido tácitamente en privarse del uso de ella. Pero si la necesidad fuese imprevista y urgente, no podria negársele esta facultad, porque se presume que no quiso cederla sino en tanto que no la necesitase. Goyena llama esta presuncion *juris et de jure*: nosotros no le concedemos tanta fuerza: es una consecuencia, pero no incontrastable, de la índole gratuita de este contrato.

Cuando no se hubiera prefijado tiempo ni determinado e

uso de la cosa, deberá pasarse por lo que el juez resuelva en vista de la instancia del comodante.

Ley 8.^a—*Perdiendo alguno la cosa que tomase prestada, é despues que fuese perdida, ficiese enmienda della á aquel cuya era, pechándogela: si acaesciese que el señor fallase despues aquella cosa que era perdida, en su escogencia es, de la tomar para sí, si quisiere, é de tornar al otro el precio que oviese tomado por ella, ó de retener el precio para sí, é dar al otro la cosa. E si otro alguno la fallase, que non fuese el señor della, puedegela demandar aquel que la perdió, tambien como si fuese suya, porque él habia ya dado el precio al señor della.*

La ley que dejamos trascrita tuvo origen en la siguiente decision de Paulo: *Rem commodatam perdidí, et pro ea pretium dedi, dein de res in potestate tua venit: Labeo ait, contrario iudicio aut rem mihi prestare te debere, aut, quod à me accepisti, reddere* (Ley 17, §5.º, Dig., Com.).

En resúmen: si por haberse perdido la cosa en poder del comodatario, hubiese abonado éste su valor, y después la encontrara su propio dueño, deberá éste devolver á su eleccion la cosa ó el precio.

Lopez hace notar que la ley no determina la accion que compete al autor (el comodatario); si la reivindicacion por haber satisfecho el precio, ó la condicion *sine causa* para repetir el precio, ó la contraria del comodato, para obtener la cosa ó el precio alternativamente á eleccion del reo. Después de alegar las opiniones de los autores, dice que podrá intentar ó la condicion *sine causa* ó la accion contraria, menos en dos casos, en que seria preferible la accion reivindicatoria: primero, si existiese la cosa, y sabiéndolo el comodante recibió espontáneamente el precio, pues entonces como parece que la habia vendido, si la cosa llega á sus manos, está obligado á restituirla: segundo, si hubiese procedido con dolo como sino obstante haber robado la cosa, recibió su estimacion (Glosa).

Si la hubiere hallado otro que no fuese su dueño, la podrá demandar al que la perdió como si fuese suya, porque tenia ya satisfecho su precio: *Dabitur ei actio utilis in rem, etiam sine cessione* (Glosa 2.^a).

Ley 6.^a—.....*Si prestase un ome á qtro alguna cuba ó tinaja, ó otra cosa para tener vino ó aceite; si aquella cosa que le prestase, fuese quebrantada, ó fuese tal que rescibiere mal sabor el vino ó el aceite, ó se perdiese, ó menoscabase en otra manera aquello que y metiese; é sabiendo el señor della, que tal era, se callase, que lo non dijese al que la prestaba, tenuto es de pecharle todo el daño que le viniese por razon de aquella cosa que le prestó.*

Esta ley toma por ejemplo la 18, § 3.^o, Dig., Com.: *Qui sciens vasa vitiosa commodaverit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.* Su precepto es de la mas evidente justicia. Podemos repetir las palabras que emplea Troplong comentando una declaracion análoga del Código civil francés: cuando el comodatario viene á demandaros un servicio y haceis degenerar este servicio en una causa de daño, cometeis una traicion (Cap. I, núm. 163): *Nam et qui gratificantur cuiquam, dice Ciceron, quod obsit illi cui prodesse velle videantur, non beneficii neque liberales, sed perniciosi assentatores judicandi sunt (De officiis, lib. I, cap. 44.)*

El comodante está obligado á descubrir al comodatario los defectos de la cosa prestada si tiene conocimiento de ellos; si no lo hace debe indemnizar daños y perjuicios.

Cuando el comodante haya obrado de buena fé ignorando el vicio de su cosa, cesa su responsabilidad: la consecuencia no puede ser mas natural: en la venta y en el alquiler no sucede lo mismo, por una razon bien sencilla. El vendedor y arrendador que reportan utilidad de sus contratos, deben responder de las imperfecciones de la cosa; pero el comodato es gratuito, por lo que el comodante que entrega la cosa tal cual es, ignorando sus defectos, no tiene responsabilidad alguna que sufrir.

Aunque la cosa sea viciosa con tal que entere de ello al comodatario, queda á salvo de toda reclamacion: éste verá si le conviene ó no áceptar el préstamo.

Cuando el defecto sea conocido del comodatario ó esté tan á la vista que no pueda escapar á su inspeccion, no cabe reconvenir al comodante por no haberle prevenido de una manera especial. La advertencia estaba demás: ajustado el contrato

con conocimiento del vicio, lo que se presume es que quiso correr este riesgo ó creyó tener medios de precaverle.

§ IV.

Del precario.

El derecho romano, distinguiendo por decirlo así diferentes grados en el uso, admitió al lado del comodato una convencion especial con el nombre de precario, del cual se ocupa en 22 fragmentos el tit. XXVI, lib. XLIII del Digesto.

Aunque no ha merecido igual favor en nuestro derecho, debiamos recordar una institucion tratada por todos los espositores; pero en lo poco que digamos acerca de una materia que es del dominio esclusivo de la jurisprudencia, nos limitaremos á transcribir aquellos precedentes.

El precario es una especie de préstamo, por el cual se concede á una persona á instancia ó ruego suyo el uso de una cosa revocable á voluntad de su dueño: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur.* (Ley 1.^a, Dig., dicho tit.).

A semejanza del comodato es un beneficio que tiene por objeto mas bien el uso de la cosa que la cosa misma. *Est genus liberalitatis: et est simile commodato, nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis; sed ut ei uti re commodata permittat* (Id.).

Pero se diferencia de él en la inestabilidad, porque no tiene tiempo ni uso determinado, y en la prestacion de culpa, pues como el que ha recibido la cosa en precario vive á merced del dueño, lo cual hace tan insignificante el beneficio, responde únicamente de la culpa lata y el dolo: *Totum hoc ex liberalitate descendat ejus, qui precario concessit, et satis sit, si dolus et culpa dolo proxima præstetur: at is, qui commodo dedit cum in eo gravetur quod ante usum finitum non possit rem commodatam revocare sublevandus est in eo quod et ad culpam levissimam agat.*

Puede tener lugar tanto en las cosas muebles como en las inmuebles y hasta en las cosas incorporales como las servidum-

bres, pues es frecuente pedir al dueño de un campo el que permita al del inmediato el paso por su heredad con motivo de ciertas labores ó cualquier otra necesidad (Viso).

Como el precario no se contaba entre los contratos ni cuasi contratos, el que habia concedido precariamente el uso de la cosa, no tenia para conseguir su devolucion mas que el interdicto posesorio: *Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset: Magis enim ad donationes, et beneficiorum causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio* (Ley 14, id.).

La accion *præscriptis verbis* era una accion útil que tenia su fundamento en la equidad y en la jurisdiccion del pretor.

Este contrato acaba con la muerte de la persona en cuyo favor se ha hecho la concesion. Eso se infiere por algunos textos de dicho título sin que obste la ley 21 que dice: *suis quoque permillum uti videtur*; pues, segun los espositores de aquel derecho, habla, no de los herederos, sino de las personas que están en compañía del tenedor ó comodatario y habitan su casa.

SECCION III.

DEL DEPÓSITO.

Despues de analizar el mútuo, por el que se trasfiere el dominio de las cosas, y el comodato que solo concede el uso, pasamos á hablar del depósito, otro contrato real, útil y aun necesario en la vida, por el que buscamos la seguridad de nuestras cosas, encomendándolas á la fidelidad de un buen amigo. Si el hombre no abusara de la confianza, habrian estado demás todas las reglas acerca de un contrato, del cual se ha dicho con exactitud que lleva el sello de la severa probidad que caracteriza al hombre de bien. Pero al ver que se desconocen tantas veces las mas sagradas obligaciones, el legislador ha tenido que definir las y fijarlas para hacer imposible al hombre que resiste á la voz de su conciencia sustraerse á la fuerza del cumplimiento de su deber.

Desde el pueblo judío, cuyas leyes castigaban severamente,

al que negaba á su prójimo lo que había encomendado á su buena fé, todos los pueblos, antiguos y modernos, han conocido y practicado el depósito.

La ley 1.^a, tít. y lib. V del Fuero-Juzgo, aunque al parecer alusiva al comodato, trata en realidad del depósito, cuyo contrato, segun de ella se infiere, podria ser ó no gratuito, y así producía dos diversos órdenes de derechos en cuanto á la devolucion del objeto depositado. Las restantes leyes, á las que nos remitimos en el texto, son comunes para este contrato y el de préstamo.

Las leyes del tít. XV, lib. III del Fuero Real, contienen tan buena doctrina segun habrá ocasion de juzgarlo por las continuas referencias que á las mismas hacemos, que no podemos menos de citarlas con elogio, como muy superiores á la cultura de su tiempo.

Pero los romanos habian llevado el depósito á la perfeccion que lograron en casi todos los contratos. Treinta y cuatro leyes comprende el tít. III, lib. XVI del Digesto; una de ellas, la 1.^a con 47 decisiones; doce hay en el XXXIV, lib. IV del Código. La Instituta le examina con su método acostumbrado. Hasta inferior nos parece el tít. III de la Part. 5.^a, habiendo tenido dichas leyes por modelo.

Detrás no hay nada: mayor refinamiento, causa, alguna vez, de la mayor relajacion en las costumbres: disposicion escrita; el art. 548 del Código penal.

§ I.

Nociones generales acerca de este contrato.

Ley 1.^a.—*Condesijo, á que llaman en latin depositum, es cuando un ome da á otro su cosa en guarda, fiándose en él. ²E tomó este nome de peño; que quiere tanto decir, como poner de mano en guarda de otro lo que quiere condesar. ³E son tres maneras de condesijo. La primera, cuando alguno, sin otra cuita que le acaezca, da á otro en guarda sus cosas. La segunda, cuan-*

do alguno lo ha de hacer en tiempo de cuita; esto seria, como si se quemase ó cayese la casa á alguno en que tuviese alguna cosa, ó se quebrantase la nave en que lo llevase, ó acaesciendo alguna destas cuitas diese en guarda á otro, ú aquella sazón, alguna de aquellas cosas que toviese y por estorcerlas de aquel peligro. La tercera, cuando algunos omes contienden en razon de alguna cosa, é la meten en mano de fiel, encomendándogela, fasta que la contienda sea librada por juicio.

Cuando un hombre dá á guardar sus cosas á otro, nace el contrato llamado en latin *depositum*, en romance *condesijo*. El jurisconsulto Ulpiano deriva aquella palabra del verbo *ponere*, que precedido del aumentativo *de* adquiere mayor energia y recuerda al depositario que el deponente se ha abandonado por completo á su buena fé. *Condesijo* viene del vocablo antiguo *condessar*, que significa dar en guarda ó custodiar. El autor de las Partidas, aficionado á los orígenes, acepta estas etimologías.

La cláusula *fiándose de él*, describe el rasgo mas característico de este contrato: el depósito es un contrato sagrado, *sacer contractus*: la confianza forma su base, la buena fé su sancion: *Totum fidei ejus esse commissum, quod ad custodiam rei pertinet* (Ley 1.^a, Dig., *Depos.*). Los romanos le clasificaron en el número de los contratos de buena fé, declarando infame al que violaba ó negaba un depósito.

Sus efectos pueden apreciarse por la siguiente definicion de Cujas, notable por su concision: *Est conventio qua id agitur ut rem meam custodias et mihi possideas non tibi, eamque mihi, reposcenti restituas* (Cujas sobre la ley 2.^a, Dig., *Depos.*).

De aquí la definicion comunmente recibida en la escuela: es un contrato real unilateral, por el que uno recibe la cosa ajena con obligacion de guardarla y restituirla en la misma especie. Depósito se llama tambien la cosa depositada, de lo que presenta un ejemplo la ley 1.^a, Dig., *Depos.*: *Depositum est, quod custodiendum alicui datur.*

Este contrato es de tres clases: voluntario, que se hace sin apremio alguno por la sola voluntad de las partes: necesario, por otro nombre miserable, que se verifica por causa de segu-

ridad en los momentos de una catástrofe; y el secuestro, en cuya virtud se encomienda á persona abonada la conservacion de la cosa litigiosa hasta la terminacion del juicio.

Ley 2.^a—¹En guarda é en condesijo pueden ser dadas las cosas, de cual manera quier que sean. Mas, propiamente, usan á dar mas en condesijo las cosas muebles, que las otras. ²Otrosi toma ome en condesijo las cosas cuando non recibe precio, nin galardon por guardarlas. Ca si lo recibiese, ó prometiese de gelo dar, estonce non seria condesijo, mas seria loguero, pues algo señalado toma por la guarda. E este atal mas seria tenuto de guardar aquello que así rescibiese en encomienda que non de otra guisa. ³E el señorío, é la tenencia de la cosa que es dada en guarda non pasa á aquel que la recibe; fueras si fuese de aquellas que se pueden contar, ó pesar, ó medir, si cuando la recibiese, le fuese dada por cuenta, ó por peso, ó por medida, ca estonce pasaria el señorío á él. Pero seria tenuto de dar aquella cosa, ó otro tanto é atal como aquello que recibió, al que gela dió en guarda.

Han movido los intérpretes larga controversia sobre si los bienes inmuebles pueden ser objeto de depósito. Negábanlo algunos, fundados por una parte en la etimología de la palabra depósito llamado así *ex eo quod ponitur*, lo que significa que la cosa ha de ponerse en manos del depositario, y por otra en el fin de este contrato, que consiste en poner á disposicion de una persona cierta cosa á fin de hallarla cuando se necesite, circunstancia, dicen, que es propia de las cosas muebles, pero que no lo parece tanto de las inmuebles. Otros sostuvieron la afirmativa, cuya opinion, sobre ser mas racional, porque ninguno de los argumentos espuestos por la contraria es sólido, tiene apoyo en nuestra ley, que terminantemente declara pueden ser dadas en guarda todas las cosas de cualquier manera que sean. No por eso desconoce que mas frecuentemente se dan en depósito las cosas muebles que no las otras.

Las cosas incorporeales, tales como los derechos de crédito, de servidumbres, no son depositables; pero los títulos en que se consignan, *ipsa instrumentorum corpora*, sirven de la misma

manera que las demás cosas muebles para constituir este contrato.

La cosa no debe ser propia del depositario: por la cual si uno recibe por error á título de depósito una cosa que le pertenecía, el contrato es nulo de pleno derecho y no produce obligación ninguna: *Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur* (Ley 15, Dig., Depos.).

Lo mismo sería aunque el contrato fuese válido al principio por no ser la cosa del depositario, si adquirió luego su propiedad conforme á la regla de derecho: *Etiam ea quæ recte constituerunt, resolvuntur: quum in casum reciderunt à quo non potuissent consistere.*

Con esto no quiere darse á entender que se prive del derecho de depositar al que tiene el disfrute de la cosa por un título que reemplaza al del propietario. El que tiene alquilada una cosa es libre para depositarla sin que el dueño pueda impedirselo. Supongamos que he alquilado un caballo por dos meses y teniendo que ausentarme le deposito en casa de un amigo. El locador no podrá reclamar la cosa depositada ni disputar la legitimidad del depósito (Trop., *Du depot.*, cap. II, núm. 40).

El depósito es gratuito por su esencia: á la categoría de actos benéficos pertenecen los condesijos de los que dice el preámbulo que hacen placer é amor los que los tienen en guarda á los otros de quien los reciben: á cuya máxima obtempera esta ley cuando añade que si interviniere precio en dinero, sería locacion, conduccion ó arriendo de trabajo: si distinta cosa que no fuere dinero, un contrato innominado *do ut facias*, y si se estipularen réditos, será préstamo á interés.

Con arreglo á estos principios, Ulpiano decide: *Si vestimenta servanda balneari data perierunt, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri..... si accepit ex conducto* (Ley 1.^a, § 8.^o, Dig.).

Esto no impide que el depositario reciba del deponente algun regalo con tal que no sea precio, sino un obsequio de atencion y reconocimiento.

El dominio y la posesion de las cosas dadas en depósito no

pasan al que las recibe, como no sean de las que se suelen contar, pesar ó medir, y que se entreguen por cuento, peso ó medida, en cuyo caso pasa el dominio al que las recibe con la obligación de volverlas y dar otro tanto y tal como lo que recibió: *Rei deposita proprietate apud deponentem manet, sed et possessio* (Ley 47, § 4.º). Menos perceptible que esta regla ha sido la escepcion. La teoría del depósito irregular presta motivo á serias controversias. Cuando el depositario tiene permiso de servirse ó usar de la cosa, el contrato cambia de naturaleza, y ya no es depósito si no préstamo. Sin embargo, repetidos ejemplos de aquel derecho consagran dicha escepcion: la ley 10, tít. I, libro XII, Dig. dice: *quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi, si voles, permissero, creditam non esse, antequam mota sit: quoniam debitum iri non est certum*. En la 31, tít. II, lib. XIX se lee: *Nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecunie solveret*.

El derecho español autorizó la misma doctrina aunque estendiéndola por identidad de razon á todas las cosas fungibles.

Coincide en lo esencial del precepto la ley 5.ª, tít. XV, libro III, Fuero Real, que dice que el que reciba de otro alguna cosa en encomienda, debe volverla á aquel de quien la recibió, sin usar de ella en alguna manera; *pero si algunos dineros por cuenta, ó oro, ó plata en masuca rescibiere de otri en encomienda á peso, bien puede usar de ello, é dar otro tanto, é tal como aquello á aquel de quien lo recibió: é si los dineros, ó el oro, ó la plata recibió so cerradura, é no por cuenta, ni por peso, no sea osado de lo usar, é si lo fciere, pechelo doblado á aquel de quien lo tenia*.

Para evitar los funestos efectos de la denegacion de un depósito ó de su falsa suposicion, Justiniano acordó que solo pudiera probarse mediante un acto por escrito y firmado por tres testigos; *si quis vult caute deponere, non soli credat accipientis scripturæ, sed advocet etiam testes idoneos, et fide dignos, non pauciores tribus* (Libro VIII, tit. XVIII, ley 41, Cód.); pero como se trata de un contrato benéfico y celebrado de ordinario entre amigos, la ley,

sin requerir formalidad especial, se satisface con la prueba de haberse celebrado.

Probada la constitucion de un depósito queda el depositario sujeto á todas las obligaciones y responsabilidades que las leyes le imponen como tal (S. 17 Diciembre 1859).

Las notas que carecen en sí de las formalidades legales de una obligacion escrita, no siendo además reconocidas en juicio por el deudor, no son documentos eficaces para probar la constitucion de un depósito (S. 11 Marzo 1863).

§ II.

Efectos jurídicos de este contrato.

ARTÍCULO 1.º

Deberes del depositario en la conservacion del depósito.

Ley 3.ª—¹En guarda, é en condesijo puede ome dar las cosas que tuviere en su poder á todo ome, quier sea clérigo, ó lego, ó religioso, ó seglar. ²Pero aquel que recibió la cosa, tenuto es de gela guardar bien é lealmente, de guisa que non se pierda, nin se empeore por su culpa, nin por su engaño. E por su culpa se pierde la cosa, quando la non guardase en aquella manera que toda la mayor partida de los omes suelen guardar sus cosas. Mas si se pierde por leve culpa de aquel que la tuviese en guarda, non seria tenuto de la pechar, fueras en tres casos. El primero, si quando recibió la cosa, se obliga á pecharla, maguer se pierda por tal culpa leve. Segundo, quando aquel que recibe el condesijo, el mesmo, non gelo rogando el otro, pide que gelo encomienden. El tercero, quando recibe precio por guardar la cosa. En cualquiera destas tres maneras, si la cosa se perdiese ó empeorase por descuidamiento ó mala guarda del que la recibió, tenuto es de la pechar. E por leve culpa se pierde la cosa, quando el que la tiene, non pone toda aquella acuciu, é femencia, que otro ome acucioso, é sabidor, debía poner.

No se exige requisito especial á las personas que hayan de

celebrar este contrato: pueden verificarle todas las que sean capaces de obligarse sin consideracion á su estado, siquiera sea clérigo, religioso ó seglar.

Mas como la capacidad hay que apreciarla en ambos contrayentes, y la ley no está bastante esplicita en este punto, pues se limita á decir que puede uno dar las cosas á todo hombre; á fin de precaver las dificultades á que se presta esta indeterminacion, convendrá tener presentes las reglas señaladas por el Proyecto de Código.

Si la persona que dá en depósito fuere incapaz de contratar, y la que lo recibe fuere capaz, queda esta sujeta á todas las obligaciones de un verdadero depositario, y como tal podrá ser perseguida por el tutor ó curador ó administrador de la persona que hizo el depósito, ó por esta misma si llega á tener capacidad.

Concurre en apoyo de esta doctrina el texto del tit. XXI, lib. I de las Instituciones: *Qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur*, y la ley 17, tit. XVI, Part. 6.ª, que establece que los que contraen con pupilos se obligan.

Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz á otra que no lo es, solo tendrá la capaz accion para reivindicar la cosa depositada, mientras exista en poder del depositario, ó á que este le restituya hasta donde se enriqueció con la cosa ó con su precio.

Así se infiere por lo dispuesto en la ley 1.ª, § 15, lib. XVI, tit. III, Dig.: *In pupillum actio depositi datur in quantum locupletior factus est*, y consta en términos generales de la ley 17, tit. XXXIV, Part. 7.ª.

Dos son las principales obligaciones que impone este contrato al depositario: guardar bien y lealmente la cosa respondiendo de ella si se pierde ó menoscaba por su culpa ó engaño, y tenerla á disposicion del deponente para entregarla tan pronto como la pida. Examinar cada una de dichas obligaciones, es dar á conocer este contrato, haber esplicado sus efectos jurídicos: principiemos por la primera, la custodia de la cosa.

La ley declara al depositario responsable de la pérdida de la

cosa si no puso en ella el cuidado que acostumbra usar la mayor parte de los hombres: cuyo enunciado, aunque sencillo, exige esplicacion.

Por regla general el depositario debe emplear respecto á las cosas depositadas el cuidado que pone en guardar las suyas: *Nec enim salva fide minorem iis (rebus apud se depositis), quam suis rebus, diligentiam præstabit* (Ley 32, Dig.). De aquí la teoría sobre prestacion de culpas.

La ley 23, Dig. de *Reg. jur.*, y la 5.^a, § 2.^o, *Com.*, están conformes en que no puede escusarse de prestar el dolo, ó sea la falta de buena fé: *Quidam contractus dolum tantum recipiunt, ut depositum. In contractibus interdum dolum solum..... præstamus: dolum in deposito.* Pero la negligencia crasa, á la que se llama en derecho culpa lata, dista poco del dolo, como Celso hace notar en las siguientes palabras: *Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret* (Ley 32, Dig., *Dep.*). Combinando ambas leyes, la nuestra declara al depositario responsable del dolo y de la culpa, á la vez que esplica el significado de esta última palabra.

Siendo la fidelidad requisito esencial de este contrato, sería nulo el pacto en cuya virtud el deponente eximiere al depositario de responder de la cosa, aunque se hubiere perdido por su culpa: *Illud non probabis, dolum non esse præstandum, si convenerit; nam hæc conventio contra bonam fidem, contraque bonos mores est; et ideo nec sequenda est* (Ley 1.^a, § 7.^o).

Si el deponente se refiere á la buena fé del depositario para la restitution del depósito sin poder intentar contra él accion alguna, Paulo decide que semejante convenio sería válido: *Illud nulla pactioe effici potest, ne dolum præstetur: quamvis si quis paciscatur, ne de dolo agat, quod pactum proderit* (Ley 27, § 3.^o, de *Pactis*, Dig.).

El depositario presta no mas la culpa lata, porque en este contrato se cumple la condicion indicada en la ley 5.^a, § 2.^o, Dig. de *Com.*: *Quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur,*

merito dolus præstatur solus..... sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto....., et dolus et culpa præstatur.

Alguna vez, sin embargo, responde hasta de la culpa leve, no porque así lo exija la naturaleza del contrato, sino por concurrir circunstancias particulares que justifiquen ese aumento de rigor. Doneau hace muy oportunamente esta aclaracion: *Quod tamen intelligendum est nunquam accidere ex natura depositi sed ita demum siquid extra depositum intervenit quod depositarium periculo levis culpæ alligaret* (Sobre la ley 1.^a, Cód. Depos.).

El primer caso de escepcion es cuando el depositario se obliga á pagar la cosa, aunque se pierda por culpa leve: *Si convenit, ut in deposito et culpa præstetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt* (§ 6.^o, ley 1.^a, Depos.).

Las convenciones deben cumplirse de buena fé, sobre todo cuando, como en el ejemplo propuesto, se dirigen á procurar la observancia mas escrupulosa y mas exacta de la fidelidad prometida. Rebajar del dolo y de la culpa lata seria ofender la buena fé y autorizar un delito, la ley no lo admite: levantarse por convenio particular sobre la responsabilidad legal, es dar garantías mas fuertes á la buena fé y alejar toda ocasion de delito; y la ley no puede menos de aprobar semejante estipulacion. Pero no bastan conjeturas: la intencion ha de ser espresa, como Ulpiano lo dió á entender por las palabras de la ley 1.^a, § 6.^o, Dig., Dep.: *Si hoc nominatim convenit.*

El segundo cuando el depositario solicitó el depósito: *Sed et si quis deposito obtulit, idem Julianus scribit, periculo se depositi illigasset: ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam præstet, non tamen casus fortuitos* (§ 35, id.).

Esta escepcion no quiere decir que tenga lugar este aumento de vigilancia exigida al depositario, solo porque se haya ofrecido el deponente en un momento de duda ó vacilacion. Ulpiano, dice Troplong, no ha pretendido paralizar la solicitud de la amistad y el arranque de la benevolencia, que se anticipan á la necesidad del amigo que desea tener persona de confianza á quien hacer un depósito, y que no se atreve á proponerlo. Su objeto es diferente: hé aquí el caso: supongamos que á una

persona que no ha pensado en hacer un depósito se le acerca otra y le dice: V. tiene que ausentarse; pues no hace V. bien en dejar sus alhajas en tal ó cual casa, pues por muy guardadas que estén no se hallan al abrigo de un golpe de mano nocturno. Confíemelas V., que yo le ofrezco guardarlas escrupulosamente. En el ejemplo propuesto hay una sugestión oficiosa que es la que ha determinado al deponente á hacer un depósito en que no pensaba, imponiendo su confianza con la promesa implícita, pero necesaria de una vigilancia mayor que la habitual. El depositario no tiene por qué extrañarse si se le exige un exceso de cuidado que tácitamente habia hecho esperar.

Otro ejemplo: yo sé que uno tiene intencion de confiar un depósito á Pablo; supongamos que le propongo que me dé la preferencia; claro es que me obligo para con él á emplear una diligencia mayor que la que debiese esperar de Pablo, y que debo ser mas solícito en la conservacion del depósito (*Dep.*, 78).

El tercero cuando media precio. En este caso el contrato se trasforma y no es depósito sino de una manera impropia: *Quoddam vero est depositum improprium, nimirum, quod non est gratuitum, sed hoc dicitur improprie depositum cum sit potius locatio conductio* (Scaccia.). Por eso la ley, copiando á Ulpiano, exige de este depositario imperfecto mayor responsabilidad que si se tratara de otro verdadero: *In deposito.... dolus præstat, nisi forte et merces accessit: tunc etiam culpa extinguitur.*

Por culpa leve entiende la que comete el depositario cuando no pone el cuidado (acucia) y el esmero (femencia) que otro hombre cuidadoso ó sabidor debia pedir. Pero á ninguna persona puede exigírsele que emplee en las cosas ajenas mayor solícitud que en las suyas propias.

Ley 4.^a—*Ocasión acaesce á las vegadas en las cosas que ome tiene en guarda de otri, de manera que se han de menoscabar, ó perder. Esto sería, cuando se muriese la cosa encomendada, de su muerte natural, ó la matase otro, sin culpa de aquel que la tuviese en guarda, ó gela robasen, ó furtasen. Ca en cualquier destes casos, ó en otros semejantes, non sería tenuto de la pechar, aquel que la tuviese en guarda, fueras ende por quatro*

razones. ²La primera, si cuando el que la recibe en guarda se obliga á pecharla, si se perdiere en cualquier manera. La segunda, cuando el que recibe la cosa en condessijo, non la quiere tornar á su dueño, pudiéndolo facer. Ca si despues que él gela demandare en juicio, ó fuere el pleito comenzado por demanda, é por respuesta, se muriese ó perdiere aquella cosa, tenuto es el que la recibió de la pechar. La tercera, si por su culpa de aquel que tiene en condessijo, ó por su engaño acaesció la ocasion, por que se perdió, ó se murió. La cuarta es, cuando la cosa es dada en guarda, principalmente por pro de aquel que la recibe en depósito, é non por el que la da: en cualquiera destes casos, maguer la cosa dada en condessijo, se pierda, ó muera, ó empeore por ocasion, tenuto es el que la recibió en guarda, de la pechar á aquel que gela dió en condessijo, ó en guarda, ó á su heredero.

Que el depositario no responde del caso fortuito es principio de tan notoria justicia que ningun Código medianamente culto le omite.

La ley 1.^a, título y libro citados del Fuero-Juzgo, despues de declarar que si un hombre toma á préstamo ó en encomienda un caballo, un buey, ú otro animal, y este se muere, está obligado á pagar otro tal, si recibió precio por guardarlo, añade: *E si non debe aver nada por la guarda, é probar que la animalia es muerta, este que la guardaba non demande nada por la guardar, é yure todavia que aquella animalia non fué muerta por su culpa, nin por su negligencia, é así non sea tenuto de pechar la animalia.*

Aunque la doctrina sea la misma, copiamos la primera del Fuero Real por ciertas particularidades. *‘Quien caballo, ó otra cosa tuviere en encomienda de otro para guardarla en su casa, si la casa ardiere, y lo que tuviere en guarda, con otras sus cosas, si no fuese causante de la quema y lo dijere en aquel dia y si fué de noche al siguiente, no sea tenuto de pecharla á su dueño. ‘Lo mismo decimos si la furtaren de noche con otras sus cosas, é si rastro alguno pareciere, como pared foradada ó puerta quebrantada: é si de dia fué fecho, maguer no parezca rastro: Ca los que de dia furtan, no suelen foradar pared, sino en*

lugar yermo; pero si dijere que perdió lo suyo, é lo ajeno, é no quisiere jurar que se quemó, ó gelo furtaron con otras cosas suyas, pechelo al dueño de que lo tuviere en encomienda; é si jurare que se quemó con otras cosas en aquella casa, ó gela furtaron con otras cosas suyas, no lo peche al dueño de que lo tuviere: E si dijere que lo perdió por aguaducho, ó por otra ocasion derecha, é lo jurare, no haya pena.

Si la cosa se perdiere con otras del depositario por incendio casual ú otro siniestro, está exento de culpa si dió parte en el mismo dia, y si fué de noche en el siguiente; lo mismo quando la hurtasen de noche si quedó rastro, y si fué de dia, aunque el delito no dejase huella, pues como dice la ley, los que de dia hurtan, ni fuerzan puertas, ni horadan pared como no sea en despoblado. Pero debe jurar que perdió lo suyo y lo ajeno, sin cuyo requisito es responsable de la pérdida para con el dueño.

Todo depósito es cosa sagrada, y como pudiera perderse sin la menor culpa del depositario, nos parecerá siempre poca la solicitud que emplee por descargar su responsabilidad. Esta ley, bajo este aspecto considerada, puede ser útil.

No creemos necesario insistir mas en este precepto: el depositario tiene de comun esta circunstancia con todos los deudores de cuerpo cierto, *res perit domino*.

La regla, sin embargo, admite cuatro escepciones. 1.^a, cuando el depositario se obligó á responder de la cosa á todo evento: *Item si quis pactus sit*, dice Ulpiano, *ut ex causa depositi omne periculum præstet*; Pomponius ait, *pactionem valere* (Ley 7.^a, § 15, Dig., de *Pactis*.). Esta cláusula es rara, pero es posible sobre todo en los depósitos celebrados por utilidad de ambos contrayentes.

2.^a Cuando hubiere habido mora ó tardanza en la restitucion pudiéndola hacer y pereció la cosa despues de demandada en juicio: *Depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit* (Ley 12, § 3.^o, Dep., Dig.). A menos, añaden los intérpretes, que la cosa no hubiere perecido igualmente en poder del dueño. La prueba será difícil; pero, en fin, si el depositario pudiera hacerla, sería absuelto.

3.^a Si por culpa del depositario tuvo lugar el fracaso ó accidente fortuito en que pereció la cosa: tal sería si habiendo recibido un caballo, una alhaja, le llevó por caminos escusados: *ut quia transiens per silvas insolitas fuit derobatus* (Glosa 2.^a).

4.^a Cuando el depósito se hizo principalmente en utilidad del que recibió la cosa.

Ulpiano propone el siguiente caso que puede servir de ejemplo para explicar esta regla. Uno pide cierta suma de que tenga necesidad para la adquisición de una finca. Próximo á emprender el viaje le entrego dicha suma para dársela en préstamo, si se resuelve á hacer la compra y en el ínterin que la conserve en depósito. Como el acto se ha hecho en su favor es responsable de la cantidad si se pierde: *si quis nec causam, nec propositum facerandi habuerit, et tu empturus prædia, desideraveris mutuum pecuniam, nec volueris creditæ nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit* (Ley 4.^a, Dig. de Reb. cred.).

Pothier, y con él otros autores, han opinado que Ulpiano declara al depositario responsable solo de sus faltas, no de la fuerza mayor. Como dicha fuerza mayor en el comodato solo recae sobre el dueño, no comprenden estos autores por qué haya de seguirse diversa regla en el depósito hecho por utilidad del depositario, quien debe ser juzgado á lo sumo como el comodatario. Restringen, pues, el peligro de que debe responder el depositario á sus propias faltas, no al caso fortuito.

Pero Doneau ha demostrado que la palabra *periculum* tiene un significado mas estenso: que abraza toda especie de pérdida, y singularmente la pérdida por fuerza mayor, como lo prueban innumerables textos: *Ut innumeris locis testatum est*.

Se ha dudado tambien si el depositario incurrirá en falta si en el acto de un incendio ú otro desastre, salva sus cesas con preferencia á las que tenga en depósito.

Por la ley 4.^a del Fuero Real, su responsabilidad es notoria. *‘Cuando un hombre, dice, que cosas encomendadas teme de quema, robo, ó otras desventuras semejables, libró todo lo suyo,*

é perdió lo ageno que tenia en encomienda, pechelo á su dueño
²*Si salvó algunas de sus cosas, é ninguna de las encomendadas, asmen quanto se perdió, é se libró, é partase la pérdida, y esto sea si salvó las cosas que tenia en encomienda, ó parte de ellas, é perdió lo suyo, ó parte dello, que el daño se parta como dicho es.*

Gregorio Lopez, en la glosa 4.^a de la ley de Partidas comentada, profesa esta opinion por la sospecha, dice, de que el depositario debió proceder por dolo.

Nosotros dudamos que pueda emplearse tal rigor con un hombre que no ha recibido, si no que presta un servicio. Lo mas que de él puede exigirse es que despues de asegurar sus cosas, procure poner en salvo las ajenas.

Ahora; cuando la cosa depositada fuese de gran valor comparada con las suyas, tendria menos disculpa la preferencia, y podria hacérsele algun cargo, exigirle, tal vez, alguna responsabilidad.

La prueba del caso fortuito incumbe al depositario, pues como deudor le alcanza esta regla, que es comun por derecho romano y el nuestro: *Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit, restituere id non cogitur: sed si culpæ reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet* (Ley 3.^a, tit. XXIV, lib. IV, *Cod.*).

Lo mismo se dispone en las leyes 3.^a, tit. II, 20, tit. XIII; y 15, tit. VIII, Part. 5.^a Y aunque las del Fuero-Juzgo y del Real se contentan en algunos casos con el juramento del depositario, la prueba seria harto falible si no se reunieran otras mas fuertes.

Se necesita que el depositario pruebe que los daños ó perjuicios ocurridos en el depósito, provinieron de caso fortuito, para declararle libre de la obligacion de abonarlos (S. 17 Diciembre 1839).

ARTÍCULO 2.^o

Deberes del depositario respecto á la devolucion de la cosa depositada.

Ley 5.^a—¹*Tenido es el que recibe la cosa en guarda, é sus herederos de la tornar á aquel que gela dió á guardar, ó á los*

que heredasen lo suyo, cada que gela demandasen. ²Emaguer que le oviese á dar alguna cosa aquel que gela encomendase, con todo eso non gela debe tener, el que rescibió el condesijo, por razon de prenda, á que dicen en latin *compensatio*, que quiere tanto decir, como descontar una debda por otra; ante débete luego entregar della, é despues desto puédele demandar aquello que le debiere. ³Pero si aquella cosa que rescibiese alguno en guarda, era en contienda entre dos omes, ó mas, ó gela diesen amos en feldad; estonce non seria tenuto el que así la recibiese, de la dar á ninguno dellos, fasta que el pleito ó la contienda que avian sobre ella, fuese librado por juicio, ó fuesen avenidos. Ca estonce débela tornar, segun el pleito fué puesto cuando la recibió, ó segun ellos fuesen acordados que se tornase. E debe ser tornada la cosa que es dada en guarda con los frutos, é las rentas, é las mejoras que saliesen della.

La segunda obligacion del depositario consiste en la restitucion de la cosa, obligacion exigida no sólo por la ley, sino por la moral: *Depositum reddere*, dice Séneca, *per se res expetenda est* (de benef. 4, 10), y que supone la necesidad de entregar la cosa *in individuo*, no su equivalente ú otra cosa de la misma especie: Quien alguna cosa de otrí recibiere en encomienda, esa misma cosa sea tenuto de entregar á aquel de quien la recibió (Ley 5.^a; F. R.).

Si la cosa ha perecido sin culpa suya, aunque como se ha dicho cesa su responsabilidad, está obligado á entregar lo que quede; de modo que si se deposita un caballo y muere, debe el depositario restituir la piel, las herraduras y el equipo (Pothier).

La devolucion ha de hacerse al deponente en cuyo favor se celebró el contrato. Si fuese menor, mujer casada, ó persona incapaz de constituir un depósito, convendrá devolver la cosa depositada á su tutor ó administrador, pues por mas que haya inconveniente en revelar un acto tal vez secreto, se evitan mayores abusos.

Aunque el depositario tenga derecho á reparar en la cualidad de la persona, no puede exigir que pruebe su dominio sobre la cosa prestada; de él recibió la cosa, á él debe entregarla:

In deposito, dice Doneau, *non queritur cuius res sit, sed quis deposuerit, et spectatur solum an jus intersit.*

Cuando en el contrato se haya designado persona para recibir el depósito, á ella debe hacerse la restitucion. Se sabe que algunas veces se constituyen así los depósitos, y no hay peligro en reconocer esta facultad en favor de los deponentes.

En la devolucion de la cosa se comprenden sus frutos y accesiones: *Et ideo fructus et omnem causam, et partum in hanc actionem venire, dicendum est* (Ley 1.^a, § 24, tit. III, lib. XVI, Dig.). *Quæ depositis rebus accedunt (licet ipsa proprie non sit deposita), utputa si homo vestitus, equus cum capistro deponatur* (Id. § 5.^o, id.).

La ley 8.^a; que establece la pena del depositario, que niega ó no restituye el depósito, tampoco olvida esta circunstancia: *Si la cosa dada en condesijo es de tal natura que dé fruto de sí, tenuto es de pechar los frutos que ovo della despues que gela dió en guarda, é que pudiera aver, despues que la pidió el dueño ó sus herederos.*

Ha de devolverse la cosa en el lugar designado en el contrato si lo hubiese sido, siendo los gastos de trasporte á cargo del deponente: *Si quid in Asia depositum fuerit, ut Romæ reddatur, videtur id actum, ut non impensa ejus id fiat, apud quem depositum sit, sed ejus qui deposuit* (Ley 12). Cuya decision se funda en el repetido principio: *Officium suum nemini debet esse damnosum.*

Cuando el contrato no espresa esta circunstancia, la restitucion se hará donde se halle la cosa depositada, aunque no sea el lugar del depósito, con tal que no haya malicia por parte del depositario: *Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest* (Ley 12, § 1.^o).

En cuanto al tiempo en que ha de hacerse la devolucion, no hay mas que saber si no que el depositario como custodio de la cosa, debe estar siempre dispuesto á entregarla: *Eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur* (Ley pen., Cód., Dep.). Debe, sin embargo, interpretarse esta regla con equidad: puede el depositario haber ocultado ó guardado la cosa en interés del deponente para mayor seguridad del depó-

sito, y la equidad dicta que se le conceda el tiempo necesario para satisfacerle.

Aunque los contrayentes hayan convenido en el tiempo de la devolución, como la dilacion se presume estipulada en beneficio del deponente, tiene éste derecho para anticipar el plazo. Ulpiano cita por ejemplo, el caso de haberse constituido un depósito para restituirle despues de la muerte del deponente: esto no obsta para que mude de voluntad y pida la restitucion en vida.

La obligación de que venimos hablando es trasmisible á los herederos del depositario en favor del deponente. Conviene no obstante, establecer en este punto una distincion. Si la cosa depositada es susceptible de division material como trigo, aceite, dinero, debe entregarse á cada uno su parte. Esta doctrina es de ley, pues en defecto del Código Alfonsino, lo declara la 7.^a, del mismo titulo del Fuero Real. *Si el que la cosa dió en encomienda muriere, sus herederos puédanlo demandar; é si fueren muchos, é la cosa se pudiere partir, asi como bestias, dineros, ó cosa semejable, segun cada uno debió heredar, reciba su parte.*

Ulpiano ha examinado la cuestion, si depositada cierta cantidad en un saco lacrado, debe entregarse por partes á los herederos. El sello colocado en el saco revela el propósito del dueño de que no se abriera sino á presencia suya: ahora bien, habiendo fallecido es evidente que el depositario no puede abrirle si no están delante los herederos del difunto: sin embargo, en caso urgente ó cuando uno de los herederos reclame, puede el juez ordenar que se haga á su vista la apertura, y que se entregue á cada uno de los herederos su parte: *Si pecunia in sacculo signato deposita sit, et unus ex hæredibus ejus, qui deposuit, veniat repetens, promenda pecunia est vel coram prætore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolvenda pro parte hæreditaria* (Ley 4.^a, § 36, Dig. Depos.).

Cuando la cosa no sea susceptible de partes reales, no puede entregarse á uno sin el consentimiento de los demás, y si discordaren ó alguno no compareciese, la restitucion se hará al que represente mayor parte en la herencia bajo caucion. Gayo

propone esta solucion en la ley 14 id.: *Si plures hæredes exstiterint ei, qui deposuerit, dicitur, si major pars adierit, restituendam rem præsentibus: majorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hæreditariarum intelligendam cautela idonea reddenda.*

La ley de Partida calla sobre este caso. La citada del Fuero le resuelve en los términos que siguen: *Si fuere cosa que se no puede partir, como caballo, ó otra cosa semejable, ayúntense los herederos, é recibanlo: é si se no quisieren ayuntar, el que lo demandare, dé buenos fiadores al que lo tuviere, que le redará de quien quier que gelo demandare, é dégelo.*

Segun lo determinado en esta ley, el que recibe la cosa en guarda, y sus herederos deben darla al que la dió en guarda ó á los suyos (S. 13 Junio 1868).

El depositario no puede retener la cosa á título de compensacion: antes bien debe entregarla al deponente y demandarle despues lo que le deba.

Jariconsultos célebres han sostenido la legitimidad de la retencion; entre ellos Vinio (*Quæst. select.*, lib. I, cap. LI). Pero ni la ley romana ni las nuestras reconocen semejante derecho. Si alguno, dice la ley 11 del Código, ha recibido dinero ú otra cosa á título de compensacion, obliguesele á restituirlo al instante al deponente, sin que le valga alegar compensacion, declaracion ó escepcion de dolo, pues no recibió el depósito bajo el supuesto de que le concediese derecho á una retencion que no le correspondia, haciendo servir por este medio un contrato de buena fé para autorizar una perfidia: *Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum..... nullam compensationem, vel deductionem opponat; cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur.*

Dejamos extractado el Código Alfonsino. Igual declaracion contiene la ley 6.^a del Fuero Real. *Todo home que recibiere de otri alguna cosa en encomienda, déjela cuando quier que la demandare, é no gela tenga por cosa que le deba: Ca no es derecho que pues que él se creyó por él, que gela tenga por deuda, ni por otra cosa.*

Reservamos el último párrafo para analizarle cuando hablemos de la restitucion de la cosa secuestrada.

Ley 6.^a—*Cuatro razones son, que por qualquier dellas non es tenuto aquel que recibió el condessijo de lo tornar al que gelo dió, nin á sus herederos. La 1.^a cuando la cosa dada en guarda, es espada, ó cuchillo, ó otra arma con que los omes usan á ferir, ó matar. Ca si acaesciese que el que la dió en guarda, se ensandeciese despues que gela dió, non gela debe tornar, demientras que le durare la locura: é esto por guardar que non haga alguna enemiga con ella. 2.^a Cuando el que la dió en guarda es desterrado por algun mal fecho, porque le mandó el rey tomar todo quanto ha: ca lo que oviese dado en guarda ante quel yerro aconteciese, todo debe ser del rey, é non de sus herederos. La 3.^a cuando algun ladron da alguna cosa en guarda de aquellas que ovo de furto: é quando la demanda viene en uno con él, aquel á quien la furtó, é dice que al que la tiene, que non gela dé, ca el quiere probar que suya es, é que gela furtó, non gela debe tornar, fasta que sea probado, si es verdad lo que este atal dice; é si esto non pudiere probar, debe gela tornar á aquel que gela dió en guarda. La 4.^a cuando algun'ome da en guarda á otro, alguna cosa que oviese furtado á él mesmo: ca este que la tiene en guarda, desque conociere que la cosa es suya, non es tenuto de gela tornar, si probare que es así.*

Aunque tan sagrada es la obligacion del depositario de restituir el depósito, causas especiales pueden modificar esta obligacion. De aquí la necesidad de que una ley haya señalado estas causas.

La primera es si la cosa depositada fuese espada ú otra arma, y el deponente perdiese el juicio, pues no debe volvérsela mientras dure la locura para precaver una desgracia.

La justicia y la piedad se hermanan aquí para suspender los efectos de un contrato, de cuya ejecucion pudiera resultar un grave daño.

2.^a Cuando el deponente es desterrado y se le confiscan los bienes, en cuyo caso quanto le corresponde pasa al dominio del fisco. Abolida la confiscacion, esta causa ha desaparecido; pero

la recordamos á manera de ejemplo para analizar otras que guardan con ella cierta analogía. La cosa dada en depósito no puede entregarse al deponente sino en el caso que conserve su estado civil y continúe en el uso de sus derechos. De aquí la teoría romana: si uno que me entrega en depósito cierta cosa pierde luego la vida civil por pena capital, de la que tengo noticia, debo entregar la cosa no á él, sino al señor en cuyo provecho se han confiscado los bienes. Consultando solo al derecho natural y al de gentes, las cosas deben restituirse al que las dió en depósito; pero *si civile jus, et legum ordinem, spectemus magis in publicum deferenda sunt; nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet* (Ley 34).

3.^a Si concurren á pedir la cosa un ladrón que la depositó, y otro que dice ser suya, se devolverá á éste si lo probare, y no al ladrón.

Segun dejamos dicho el deponente puede reclamar la cosa depositada sin tener que acreditar su dominio: bástale el título de depósito para que tenga derecho á pedirla y que se le entregue: *si prædo vel fur deposuerint, et hos Marcellus putat recte depositi acturos* (Ley 4.^a, § 39, Dig.).

Empero si se presentaran á reclamarla el ladrón y el dueño, tendria lugar el precepto de nuestra ley, cuyo argumento está sacado de la siguiente hermosa doctrina de Trifon.

Habiéndome un ladrón robado ciertas cosas las depositó en casa de Seio, ignorante por completo del mal origen del depósito, ¿á quién debe restituirlas, al ladrón ó á mí? Si atendemos solo al depósito, la buena fé exigiria que se restituyese á la persona que le constituyó; pero si atendemos á la equidad de la cosa en sí que debe apreciarse por las personas y las circunstancias que han concurrido en el negocio, yo que fui inicua-mente robado, debo ser el preferido: *Et probo hanc esse justitiam, quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione* (Ley 34, § 4.^o, Dig., *Deposit.*).

Si avisado oportunamente el dueño guarda silencio, se presume que renuncia tácitamente á su derecho, por lo que el depositario queda en libertad de entregar la cosa al deponente

cuando la pida: *Quod si ego*, añade el juriconsulto, *ad petenda ea non veniam, nihilominus ea restituenda sunt ei, qui deposuit, quamvis male quæsitâ deposuit* (Id.).

Cuando una doctrina se recomienda por su evidente justicia, aunque la ley no la declare, forma derecho; tan alto honor dispensaríamos á la ilustrada opinion de este juriconsulto. Pero tenemos, segun hemos visto, ley escrita, y aun nos sorprende mas la identidad absoluta que guarda con ella la 6.^a del Fuero Real. El sábio autor del Fuero de las Leyes distingue tambien dos casos y aplica á cada uno de ellos su resolucíon. Cuando el ladron diere á guardar una cosa hurtada, *no lo sabiendo el que gelo recibió, si el señor de aquellas cosas viniere, é gelas demandare, no sea tenuto de gelas dar á aquel de quien las tenia en encomienda, mas hayalas su dueño*. Cuando el dueño no las demandare, aunque sepa que es ladron, debe entregarlas al deponente; así dice, y lo que en el precepto hay de particular son las dos razones que invoca; *ca rason es que cobren lo que dieren en guarda; ca ellos son tenudos de render lo que robaron, ó furtaron*.

Si la cosa robada fuere puesta en depósito del mismo á quien se hurtó, una vez enterado de que era suya estaria dispensado de entregarla al deponente.

Pero si la cosa que le dió en guarda era suya no es tenuto de gela entregar, si no quisiere (Dicha ley 6.^a, F. R.).

No se concibe depósito de cosa propia; pues teniendo este contrato por objeto trasferir solo la custodia de la cosa, es incompatible con el derecho absoluto de su dueño: *Nec ex jure gentium consistet depositum, cujus hæc est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur* (Ley 31, § 1.^o, Dig., Depos.). Por eso ninguna escepcion hay mas justificada que la que es materia de nuestro estudio. Dos leyes de diferentes cuerpos legales la establecen: una autoridad superior la recomienda: la autoridad de la razon bien y rectamente interpretada en la siguiente máxima del juriconsulto á que venimos refiriéndonos: *si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum ejus ignorantem deposuerit, recte dicitur non contrahi depositum; quia*

non est ex bona fide, rem suam dominum prædoni restituere compelli (Id.).

Mas para declinar esta obligacion, no basta que el depositario alegue un derecho de propiedad: necesita justificarle convenientemente, sin lo cual la presuncion estaria á favor del deponente. Goyena, comentando el art. 1683, hace notar que esta concesion indefinida seria peligrosa. La ley romana y la nuestra le reconocen esta facultad en el caso de hurto, tal vez porque la prueba del dominio es pronta y fácil.

Ley 7.^a—*En iglesia, ó monasterio poniendo ome alguna cosa en guarda con otorgamiento, é mandado del perlado, é cabildo desa iglesia, tenudos son de tornar aquella cosa al que gela dió en guarda, bien asi como faria otro ome cualquier. Lo mismo seria si cuaxdo la diese, estoviese delante del perlado, ó cabildo, é se callasen, é non lo contradijeren; maguer non la dejase con su mandado, nin con su otorgamiento. Mas si la dejase en guarda de uno dellos tan solamente, non lo sabiendo los otros, aquel solo seria tenuto de lo tornar, é non el perlado nin el cabildo. Fueras si fuese probado que aquella cosa fuera dada, ó espendida en pro de la Iglesia, ca entonce todos serian tenudos de la pechar.*

Depositada una cosa en iglesia ó monasterio con otorgamiento del prelado ó cabildo, ó en su presencia sin contradiccion, todos están obligados á volverla del mismo modo que si la hubiese recibido cualquier particular. Pero si se dejase la cosa en guarda de uno de los individuos de la iglesia ó monasterio, no sabiéndolo los demás, sole aquel estaria obligado, y no el prelado ó comunidad, salvo si la cosa se hubiere convertido en utilidad del establecimiento, porque entonces todos estarian obligados como depositarios.

Lopez dice que la ley se aparta de la doctrina del Papa Inocencio, el cual en el cap. I de *Dep.*, sostiene que la Iglesia no se obliga por el depósito como no le haya ocasionado lucro. Los canonistas han estado en desacuerdo; nuestra ley sigue la opinion de Juan de Imola: *qui vult ecclesiam obligari, etsi nihil lucri recipiat ex deposito* (Glosa 1.^a).

Ley 8.^a—*Veyendose ome muy cutado de fuego que le que-*

mase la casa do tuviese sus bienes; ó de avenidas de aguas que viniesen, que gelas levaria; ó si las tuviese en algun navio que estoviese en ora, ó en manera de peligrar; é por alguno de estos embargos, ó algunos semejantes diese alguna cosa de aquellas que temia que se le perderian, en guarda á otro; si este atal que la recibió, la negase cuando gela demandare, é despues de esto gelo probase el otro, debege la pechar doblada, é por eso gela debe pechar; por que face gran enemiga, en negar lo que le avian dado en guarda en tal sazón, que estaba cuitado en alguna de las maneras sobre dichas, é non podría ser apercebido de catar si era ome de recabdo aquel á quien la daba en guarda, ó non.....

De otra clase de depósito habla esta ley, el que se hace por necesidad sobreviniendo algun accidente fortuito, alguna desgracia: *Continet causam fortuitam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem* (Ley 1.^a, § 2.^o, Dig., Depo.).

Ulpiano hace su descripción en los siguientes términos reproducidos, segun se ha visto, por nuestra ley: *Eum tamen deponere tumultus vel incendii, vel ceterarum causarum gratia intelligendum est qui nullam aliam causam deponendi habet, quam imminens ex causis supra-dictis periculum* (Id., § 3.^o).

Los autores llaman este depósito miserable, y en efecto conviénele este nombre, porque tiene lugar con ocasion de algun incendio, naufragio, asonada ú otras calamidades que obligan al propietario á salvar sus cosas confiadas al sagrado de un depósito.

Esta distincion de depósito voluntario y necesario, al decir de los jurisconsultos, trae su origen del edicto del Pretor. Troplong observa que independientemente de la mayor consideracion debida á un depósito que se hace en desastrosos accidentes que amenazan la propiedad y la vida, se ha de tener en cuenta que hay gran diferencia entre el depositario elegido por la confianza y el que impone la necesidad. Si el primero falta á la fé del depósito, comete ciertamente una accion odiosa y punible: sin embargo, alguna culpa cabe al deponente por haber colocado tan mal su confianza. Pero cuando el depósito es necesario, nada puede atenuar ó compensar el delito del deposi-

tario: *Crescit perfidiæ crimen*, dice Ulpiano con severidad, *et publica utilitas coercenda est, vindicandæ reipublicæ causa* (Id., § 4.º).

Por eso mientras el depositario era condenado *in simplum*, el necesario culpado de infidelidad estaba obligado á devolver el duplo del valor de la cosa robada: *Earum autem rerum, quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum in duplum* (Ley 4.ª, §§ 1.º y 4.º, Dig., Depos.).

Esta ligera escursion histórica esplica á la vez que el origen el pensamiento de esta nueva clasificacion. La ley de Partida reconoce el depósito miserable, aprecia la afflictiva situacion del hombre que en momentos de apuro y sin tener eleccion entrega á cualquiera el depósito de sus cosas, y en su deseo de ligarle con mas estrecha responsabilidad al deponente, si negara la cosa y se le probara que la recibió, le condena á pagarla doblada.

....²*Mas aquel que niega, que non rescibió los condesijos que son dados en alguna de las maneras de que fecimos emiente en la segunda ley deste titulo, si le fuere probado en juicio, valdrá menos por ende, é será enfamado; é debe tornar el condesijo, ó la estimacion, con las costas é los daños, é menoscabos que oviere fecho el otro por esta razon. ³E quanto en los daños é menoscabos debe ser creído por su jura el que dió la cosa en guarda. Pero el juez los debe estimar, é templar, catando todavia que ome es aquel que jura por ellos. Estos menoscabos se deben entender por los daños que vinieron, porque la cosa non fué tornada cuando la pidió; mas non de lo que pudiera haber ganado por ella. E los daños que le podrian venir por esta razon, seria como si oviese á dar dineros, ó otra cosa á dia señalado, con penas, ó cotos, ó en otra manera semejante; é porque non le fué tornado el condesijo á la sazón que lo debiera aver, cayó en aquellas penas, é en aquellos cotos.*

El depósito engendrado en la confianza aprisiona la conciencia con tan poderosos lazos, que no se concibe que un hombre medianamente honrado sea capaz de negarle. La anti-güedad fué de tal manera exigente, que miraba como un grave atentado la falta de fé en el depósito, y elogia como una gran

virtud de los primeros cristianos, la lealtad con que procuraban cumplir este contrato sagrado.

Los romanos contaron el depósito entre los contratos de buena fé, declarando infame al que le violase ó le negara: *Qui depositum non restituit, suo nomine conventus et condemnatus, ad ejus restitutionem cum infamiae periculo urgetur* (Ley 10, Cód., Dep.).

La ley trascrita de Partida, siguiendo su noble ejemplo, establece que el depositario que niegue un depósito si le fuere probado, valga menos por ende y sea infamado: condénale además á restituir la cosa ó su estimacion con las costas, daños y perjuicios hechos al deponente, regulados segun juramento del mismo á la prudencia del juez. No se consideran perjuicios las utilidades ó ganancias que dejó de percibir, pero merecen tal concepto las pérdidas que sufriese por esta causa, como, por ejemplo, si tuviese que entregar una cantidad de dinero á dia señalado ó bajo cierta pena ó cosa semejante.

El depositario segun declaracion espresa de esta ley, que hemos copiado en otra parte, ha de restituir los frutos de la cosa desde que se constituyó en depósito, y los nuevos que produzca desde que la reclamó el dueño.

Ley 9.^a—*Dineros contados, ó alguna de las otras cosas que se suelen, é pueden contar, pesar ó medir, recibiendo alguno en guarda; si muriese este ante que la tornase, tal privilegio han las cosas dadas en condesijo, que primeramente deben entregar é pagar las cosas encomendadas, que ninguno de los otros debdos que debiese el finado..... Mas las otras cosas que fuesen dadas en condesijo, non por cuento, nin por peso, nin medida, deben ser entregadas en todas guisas á sus dueños, etc.*

La ley trascrita sobre prelacion de créditos, solo es pertinente en cuanto dá idea del depósito llamado irregular, que es aquel por el que se entrega al depositario una suma de dinero ú otra cosa fungible permitiéndole usar de ella. Esta facultad trasfiere al depositario la propiedad de la cosa, á lo que es consiguiente que le sea permitido restituir no la cosa misma, sino su equivalente.

Ulpiano en la ley 1.^a, § 31, suponiendo que se ha constitui-

do depósito de una cantidad de dinero con la cláusula de que el depositario pueda servirse de él si lo necesita, decide que hay depósito en tanto que el depositario no use de la cosa, pero que desde el punto y hora que la emplea, el consumo produce el mútuo. Mas la distincion del sábio jurisconsulto es demasiado sutil: el dinero no se dá para estar ocioso, y la regla es que el depósito de dinero contado pase á poder del depositario: *Dominium enim pecuniæ numeratæ depositæ semper transit in depositarium.*

Entre este contrato y el mútuo median diferencias capitales, pero se parecen en cuanto el depositario está obligado á restituir la misma cantidad, y queda responsable á su pérdida: *Quia genus perire non potest.*

El depósito regular, salvo pacto en contrario, parece ó desaparece para el dueño á la muerte del depositario, respondiendo este solo del dolo ó culpa lata (S. 11 Marzo 1863).

Ley 10.—*Dispensas haciendo aquel que toviere alguna cosa en guarda de otro, por pro della, como quier que las debe cobrar, con todo non deben retener, como en razon de prenda por ellas, aquella cosa que le fué dada en guarda; mas débela dar aquel, cuya es, cuando gela demande. Otrosí tenudo es el otro de darle aquellas despensas que fizo en esta razon.....*

Aunque la accion nacida de este contrato sea directa del deponente respecto al depositario, en derecho se admite á favor de este otra llamada contraria, que puede ejercitar contra el deponente para que le reembolse los gastos hechos en la conservacion de la cosa depositada, é indemnizarle de los perjuicios seguidos por causa del depósito.

Tal es la materia de esta ley que concuerda con la 5.^a del correspondiente tít. del Dig.: *Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur: in quo iudicio..... de indemnitate ejus, qui depositum suscepit agitur.*

Tiene origen esta accion en la ley moral, que no permite que uno se enriquezca con perjuicio de otro, y manda abonar gastos causados por un hecho nuestro, sobre todo á la persona que voluntariamente nos preste este servicio.

Se infiere que la obligacion se estiende á indemnizarle de

los perjuicios, por el ejemplo con que termina la ley, donde dice que si uno diese á otro en depósito un esclavo, sabiendo que era ladron, y no se lo advirtiese, y le robase algo, debería pagarle lo que le robó.

El depositario, sin embargo, no puede retener la cosa como en razon de prenda, mas débela restituir al deponente cuando se la pide.

El derecho romano negó, como se ha visto, la retencion ó compensacion al depositario por créditos que tuviese contra el deponente; aunque el principio parecia igualmente aplicable á las impensas, no fué en este punto tan esplicito que evitase la diversidad de pareceres. Algunos Códigos modernos, no hallando razon en justicia para negar al depositario lo mismo que se concede al comodatario, han acordado que puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago, y el Proyecto del nuestro así lo declara; pero la ley de Partida, que es derecho vigente, establece lo contrario.

§ III.

Secuestro.

Otra manera es cuando algunos homes contienden en razon de alguna cosa, é la meten en mano de fiel, encomendándogela, fasta que la contienda sea librada por juicio (Ley 1.^a, Part. 5.^a, tít. III).

Si muchos dijeren que son herederos, é si no noscieren de mientras que durare el pleito entre ellos quien se hará heredero, ó no, tenga la cosa aquel que la tuviere, ó la ponga en algun monasterio, ó en alguna iglesia donde esté segura, fasta que el pleito sea juzgado..... (Ley 7.^a, tít. XV, lib. III, F. R.).

Los párrafos trascritos aluden á una clase especial de depósito, el secuestro, que podemos definir un contrato, en virtud del cual, por convenio de los litigantes ó por decreto judicial á instancia de alguno de ellos, se entrega una cosa á un tercero, para que la custodie mientras se sigue el pleito promovido so-

bre ella, y terminado este se dé al que obtenga sentencia favorable.

Tambien se dá el nombre de secuestro á la persona en quien se deposita la cosa: *Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur* (Ley 110, Dig. de Verb. signif.).

El secuestro recae sobre cosa litigiosa, mueble ó inmueble, y aunque difiere en algunos accidentes es un verdadero depósito, pues reúne sus condiciones esenciales y tiene el mismo fin jurídico.

Atendido su origen, el secuestro es de dos especies, convencional y judicial, de los cuales vamos á ocuparnos brevemente.

ARTÍCULO 4.º

Secuestro convencional.

Define el Proyecto de Código este secuestro; depósito de una cosa litigiosa que voluntariamente hacen los litigantes en manos de un tercero, el cual se obliga á devolverla, terminado el pleito, á la persona que, según la sentencia, deba obtenerla (art. 1692): *Ex contententium voluntate et conventione profisciscitur.*

Está usada de propósito la palabra litigantes, pues si el depósito puede hacerle uno, el secuestro debe ser el convenio de dos ó mas. La ley 17, tit. III, lib. XVI, Dig., dice: *Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur: itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur depossuisse.*

El secuestro se gobierna por las reglas del depósito, salvas las diferencias siguientes:

1.ª Puede no ser gratuito, sin que por esto degenera en un contrato distinto, aunque si se hacen mayores y mas estrechas las obligaciones del que recibe precio.

2.ª El encargado del secuestro no puede libertarse de él antes de la terminacion del pleito, si no consintiendo en ello todas las partes interesadas, ó por una causa que el juez decla-

re legitima: *Plerumque non est permittendum officium, quod semel suscepit contra legem depositionis deponere; nisi justissima causa interveniente* (Ley 5.^a, § 2.^o, Dig.).

Si la cosa era en contienda entre dos, ó mas, ó la diesen amos en fieldad, non seria tenuto el que la recibió de darla á ninguno dellos, fasta que el pleito fuese librado por juicio, ó fuesen avenidos..... (Ley 5.^a, citada Partida).

3.^a Tiene la posesion de los bienes en nombre de aquel á quien se adjudiquen por sentencia ejecutoria.

Aunque el derecho romano parece contradictorio, esta es la version de célebres espositores. Heinecio, en el núm. 228, tít. III, lib. XVI de sus Pandectas: dice: *In sequestrem non sola custodia, sed et possessio transit*. Voet, en el 12 del mismo título y libro dice igualmente: *Sequester possidere intelligitur nomine ejus, qui victor in lite evassurus est et possessio medii temporis ei profutura, nisi aliud actum sit*.

La posesion ha de estar en alguno de los litigantes ó en el secuestrario: la presuncion está por el segundo, cuando al hacerse el secuestro no se espresó ó quiso otra cosa (Goyena).

ARTÍCULO 2.^o

Secuestro judicial.

Como indica el nombre, tiene lugar este depósito cuando el juez nombra persona que se encargue de la custodia ó guarda de las cosas litigiosas. Examínale los intérpretes, porque se ajusta á las leyes del depósito en todo aquello que no se refiere al acto material del depósito; pero nosotros limitaremos su explicacion á las menos palabras posibles, teniendo presente la referencia del art. 1694 del Proyecto, que dice: el depósito judicial se rige por las disposiciones del Código de procedimientos civiles que le son concernientes.

La materia está tratada en el tít. IX de la Part. 3.^a, que contiene el proemio y dos leyes.

El proemio describe la naturaleza del secuestro en estos términos: *Muchas vegadas acontece, que despues que los deman-*

dadores han fecho emplazar á los demandados, ante que les fagan sus demandas, piden á los juzgadores que aquellas cosas que quieren demandar, sean puestas en manos de omes fieles, porque sospechan contra aquellos que las tienen, que las málmeterán, ó las encubrirán, ó las traspornan de guisa que non parezcan.

La ley 1.^a señala seis razones en que puede tener lugar el secuestro en esta forma:

La 1.^a por avenencia de ambas partes. El depositario debe guardar la cosa y entregarla en la manera convenida.

La 2.^a cuando la cosa sobre que se litiga es mueble y el demandado persona sospechosa, y se teme que la trastorne, la empeore ó la maltrate.

La 3.^a cuando dada sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa, apela éste de ella y hay sospecha de que tratará mal la cosa, ó disipará los frutos.

La 4.^a cuando en el caso que el marido malverse los bienes de modo que comenzase á venir á pobreza por su culpa, pidiere la mujer al juez que se le entregue la dote ó que se deposite en manos de persona segura que la administre.

La 5.^a cuando con motivo de haber sido preterido ó desheredado injustamente un hijo reclamara éste la legítima, obligándose por su parte á traer á colacion lo que hubiere recibido de su padre; pues en este caso debe el juez señalar un plazo al desheredado para que lo cumpla, poniendo entre tanto en secuestro la parte de herencia que le corresponda.

La 6.^a sobre esclavitud no tiene aplicacion.

Limitado el secuestro que prescribe esta ley á los seis casos taxativos que la misma menciona, la sentencia, que no le otorga en cualquier otro, no infringe dicha ley (S. 8 Octubre 1863).

El juez puede decretarlo por una de las dos causas siguientes: 1.^a Cuando haya recelo de que si no se verifica el secuestro, llegarán á las manos las partes: 2.^a Cuando hay lugar al embargo de los bienes del deudor, aunque sea preventivamente (arts. 931 y 932, E. C.).

El tiempo de duracion del secuestro lo fija así la ley 2.^a

Tanto tiempo deben tener los feles la cosa en su poder cuanto tovierien por bien los jueces que gelo mandaron, ó pusieron las partes á la sazón que la pusieren en fíeldad. Este tiempo nin face pro nin daño á ninguna de las partes para poderla ganar ni perder por tiempo. Fuera si señaladamente fuese otorgada é puesta de ambas las partes á la sazón que la pusieron en manos de fel que aquel tiempo que estuviere así, se aprovechase della alguna de las partes. Ca aquel tiempo se tornaría en pro de alguno dellos segun el pleito ó postura.

Las circunstancias de los depositarios judiciales están descritas en las leyes del tít. XXVI, lib. XI, Nov. Recop.; pero alterada en puntos esenciales esta legislación solo subsiste como fundamental la doctrina de Partida en la ley 1.^a antes citada. *Otrosí los omes en cuya mano mandan los juzgadores poner las cosas en fíeldad, deben ser omes buenos, é leales, é abonados en la tierra; de manera que sean sin sospecha que non trasporran la cosa ni la malmeterán, nin farán en ella engaño.*

Los secuestros se dirigen á dos distintos fines: unos se hacen en virtud de embargo de bienes de los deudores, y otros con motivo de haber de asegurarse algunas cosas sobre las que se ha promovido pleito.

En los primeros, lo que en la actualidad se observa es que hecha la traba, si los bienes fueren muebles se depositan en persona abonada del pueblo, á tenor de lo dispuesto en la ley 1.^a, tít. XXX, lib. XI, Nov. Recop., sin que nadie pueda excusarse de la admision de este encargo, no estando exento de cargas vecinales ó teniendo alguna prohibicion, como por ejemplo la tiene el escribano de la causa, segun establecen las leyes 1.^a y 9.^a, tít. XXVI, dicho libro.

Esta ley prohíbe terminantemente constituir depósito alguno judicial ú otra cualquiera consignacion de caudales por momentánea que sea ó parezca, ni en los oficios de los escribanos ni en poder de ninguna otra persona ó cuerpo, por mas arraigado que se le suponga. Los riesgos del depósito constituido contra dicha prescripcion, deben ser de cuenta del depositante (S. 31 Diciembre 1867).

Si fueren bienes inmuebles y estuviesen arrendados, se notifica á los inquilinos para que retengan las rentas á ley de depósito y á disposicion del juez de la causa, pero si estuviesen en poder del deudor, ó se nombra un interventor que asista á la coleccion de frutos, ó un administrador que atienda á su cultivo y cuidado.

Finalmente, si fuera dinero ó alhajas se depositan en la Caja de Depósitos ó en las dependencias de las provincias.

En los otros depósitos se nombrará un depositario quien se encargará de la administracion de bienes secuestrados, excepto las cantidades en metálico, en las cuales se observará lo indicado en el párrafo anterior.

SECCION IV.

DE LA PRENDA.

§ I.

Reseña histórica.

Tit. XIII, Part. 3.^a Proemio.—*Peños toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros, que les sea mas guardado, ó pagado, lo que les prometen de dar ó facer.....*

Sería de desear que las convenciones humanas tuvieran por única garantía la moralidad de los que las celebran, porque es sin duda preferible, según el vulgar adagio, prestar á la honradez antes que á la propiedad. Mas sin exagerar la desconfianza porque presumir el bien es hacerle y fomentarle, puede ser necesario prever la mala fé para precaverse de ella. La buena conducta, la severidad de principios recomiendan al hombre mas que los bienes de fortuna en el teatro social, pero en asuntos de intereses el mundo profesa la máxima con tanta precision enunciada por el derecho romano, que ofrecen mayor seguridad los bienes que la persona.

«El crédito personal, dice Troplong, es frecuentemente frá-

gil: la fortuna caprichosa que dá los ricos patrimonios los arrebata en sus crueles juegos, la mala conducta los disipa, y el hombre opulento cuando recibe el préstamo, se encuentra pobre cuando le tiene que volver: de aquí para el acreedor la necesidad de procurarse garantías reales y positivas que pongan en sus manos valores suficientes para asegurar su pago en el momento convenido: *Potius est rei incumbere et possidere quam in personam agere* (Ley 1.^a, § *qui superficiem*, Dig. de *superfic.*). Los contratos de seguridad tales como la fianza, la prenda y la hipoteca son las plazas fuertes del derecho civil.

» Registranse ejemplos de prendas en todos los pueblos cuyo crédito ha alcanzado cierto grado de desarrollo. Empleáronlas los judíos: las leyes de Moisés procuraron mitigar el rigor con que los acreedores solían hacer sentir sus efectos. No se tomará por prenda, dice la una, la rueda que muele el trigo, pues el que la ofrece empeña su propia vida (Deut. 24, § 6.^o). No entreis, dice otra, en casa del deudor á arrebatarle la prenda: esperad fuera que él os dé lo que tenga dispuesto para vuestra seguridad (Id. §§ 10 y 11). Por último, añade la tercera, si el deudor es pobre, que la prenda que os dé no pase la noche en vuestra casa, restituídsela antes de ponerse el sol para que durmiendo en su vestido, os bendiga (Id. §§ 12 y 13).

» Los griegos, pueblo comerciante y desconfiado, hicieron grande uso de este contrato. El negocio se proporcionaba allí seguridades, ora en los bienes muebles, ora en los inmuebles: la hipoteca de origen griego atestigua el talento ingenioso de este pueblo, mas amigo de la sencillez que los romanos.

» En las antigüedades del derecho romano la prenda afectaba las formas de la venta. Especie de venta á carta de gracia, se contraía por la entrega solemne de la propiedad entre las manos del acreedor, mediante la mancipación *per æs et libram*, cuya ritualidad iba acompañada de un contrato de fiducia; es decir, una promesa obligatoria y jurídica, por la que el acreedor se comprometía á restituir la prenda al deudor cuando este último le hubiese satisfecho la deuda (Gayo II, 59 y 60).

» Al lado de la mancipación fiduciaria, ó sea la prenda or-

ganizada por derecho civil, habia la prenda de derecho natural, *el pignus*, que se contraia sin formas solemnes por la sola entrega de la cosa en manos del acreedor. La prenda no trasferia la propiedad, el acreedor no tenia mas que la posesion y un derecho de retencion que acababa por el pago.

»La prenda tenia ventajas de que carecia la fiducia, pero ofrecia mas de un inconveniente para la propiedad rústica; pues despojando al propietario de la cosa para hacerla pasar á manos del acreedor, dañaba á la agricultura. Para precaverse contra estos inconvenientes, la fiducia, empleando los medios que el derecho civil ponía á su disposicion, dejaba alguna vez la posesion y el uso de la cosa al deudor á título de arrendamiento ó de precario.

»Parecia esta cláusula tan razonable y tan útil, que se concibió el propósito de adaptarla á la prenda propiamente dicha por una combinacion que, dejando al deudor en posesion del inmueble, asegurase al acreedor un derecho real en el mismo. De aquí la hipoteca, grave y profunda alteracion de las viejas doctrinas sobre la propiedad romana y sobre la posesion, que daba un derecho sobre la cosa ajena sin solemnidad ninguna, que parecia desdeñar y relegar al olvido el derecho de propiedad quiritaria, y que atribuía á la simple convencion efectos que el derecho romano hasta entonces sólo habia atribuido á la mancipacion ó á la posesion.»

Si del derecho romano venimos al derecho pátrio, veremos establecido y regulado este contrato en todos los Códigos sencillamente, pero con naturalidad y con justicia.

El tit. VI, lib. V del Fuero-Juzgo contiene la doctrina acerca de las prendas y de las deudas. La ley 1.^a empieza con esta terminante prohibicion: *Defendemos á tod ome que non prende por sí*. El ilustrado autor de la introduccion á la edicion de los Códigos concordados y anotados dice con mucha oportunidad, que no puede conformarse con la version latina: *Pignori licentiam in omnibus submovemus*. Prendar aquí significa tomar en prenda, y el sentido de la ley demuestra que lo que se prohibe es arrebatarla uno por sí con violencia, y no de manera

alguna el recibir la que nos dé el dueño de ella en seguridad de sus tratos. Si esta fuere hurtada, con razon califica de ladron la ley 2.^a al que la dió. La 3.^a y 4.^a tratan de la manera de hacerse pago con la prenda el que la obtuvo en garantía de un crédito, y por el contrario, de repetirla luego que pagó.

La palabra prenda y preñar está usada en los Fueros Municipales y en ciertos documentos de la Edad media con significacion diversa, origen, si bien no se advierte, de cierta confusion. Para conocerlo basta citar, por ejemplo, el Fuero Viejo de Castilla: el tít. V, lib. III, trata de los Peños en la acepcion que damos á esta palabra; el VII habla de los que preñan en astiella, cuyo vocablo denota en todas las leyes del título el acto de preñar, embargar ó retener cosas ajenas para obligar al dueño á responder en juicio: demandando un hidalgo á otro alguna heredad, y no teniendo muebles que preñarle, no se le puede entregar cosa de sus heredades sin mandamiento del rey. Ley 1.^a—El hidalgo que demandare á otro, puede, sin el rey ni otra justicia, preñarle si le hallare solariegos... (Ley 2.^a, etc.)

La prenda, en este Fuero, comprendia los bienes muebles y aun los inmuebles, pues si bien cuatro leyes del tít. V se refieren á ropas, plata ú otras cosas tales, una hay que dice: el que empeñare huerta, casa ó viña, no pueda desempeñar la huerta hasta mediado Marzo, y habiendo algo labrado en ella no pueda hasta otro año, etc.

De los peños y de las prendas trata el tít. XIX, lib. III del Fuero Real en diez leyes que no indicamos, porque en el texto hacemos conocer sus disposiciones por su propia autoridad ó como ilustracion del derecho constituido.

El Código Alfonsino desarrolla la doctrina en 30 leyes del tít. XIII de la Part. 5.^a, con proligidad suma, como era de esperar, teniendo por base la ley romana, por ampliacion los textos. Este título y sus concordantes de la Novísima van á ser motivo de nuestro estudio, rogando todavía que se nos dispense si por ajustarnos al órden cronológico, abrazamos en el comentario leyes especiales para la hipoteca.

§ II.

Nociones generales acerca de este contrato.

ARTÍCULO 1.º

Naturaleza y definición de la prenda.

Ley 1.ª—¹Peño es propiamente aquella cosa que un ome empeña á otro, apoderándole de ella é mayormente cuando es mueble. ²Mas segun el largo entendimienio de la ley, toda cosa, quier sea mueble, ó raiz, que sea empeñada á otri, puede ser dicha peño; maguer non fuese entregado della aquel á quien la empeñasen. ³E son tres maneras de peños. La primera la que facen los omes entre si de su voluntad, empeñando de sus bienes, unos á otros, por razon de alguna cosa que deban dar, ó facer. La segunda, cuando los juzgadores mandan entregar á alguna de las partes en los bienes de su contendor, por mengua de respuesta ó por razon de rebeldía, ó por juicio que es dado entre ellos, ó por cumplir mandamiento del rey. Ca tales peños, ó prendas, se facen por premia. Estas dos maneras de peños se facen por palabra. La tercera manera es la que se face calladamente, maguer non es y dicha ninguna cosa: así como se muestra delante de los bienes del marido, como son obligados á la muger, como por peños, por razon de la dote; é de los otros que son obligados al rey, por razon de rentas, ó de los derechos que cogen por ét; é de todas las otras razones semejantes destas.

Llama la ley peño, y nosotros prenda à lo que llamaron los romanos *pignus*. Gayo hace provenir este vocablo de *pugnis*: *Pignus appellatum à pugno: quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur*. Esta etimología, aunque censurada por algun escritor, no es impropia, pues en estilo metafórico la mano cerrada, *pignus*, representa el acto de aprehension que acompaña á la constitucion de la prenda. La palabra es antigua, como lo prueba hallarla usada en la accion de la ley conocida con el nombre de *pignoris capio*, y especial para las cosas muebles, segun testimonio del referido juriconsulto: *Unde etiam videri potest, verum es-*

se, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui (Ley 238, § 2.º, tit. XVI, lib. I, Dig.).

La prenda es susceptible de tres acepciones: el derecho del acreedor, la cosa dada en prenda y el contrato. En su acepción última, como aquí la consideramos, es un contrato intermedio, en cuya virtud el deudor entrega al acreedor una cosa mueble para la seguridad de una obligación. La prenda, propiamente dicha, solo se concibe tratándose de una cosa mueble, y así lo declara, el legislador, fija la vista en varios textos: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit* (Ley 9.ª, § 2.º, Dig., de *pign. act.*).

Pero los romanos usaron esta voz en un sentido lato para significar toda clase de seguridades ofrecidas al acreedor, la prenda y la hipoteca, la garantía de bienes muebles é inmuebles, llegando á decir el jurisconsulto Marciano que entre una y otra solo había diferencia de sonido en el nombre: *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (Ley 5.ª, § 4.º, de *pign. hypot.*).

De la misma confusión se resiente el derecho de Partidas, pues según la ley comentada: «toda cosa quier sea mueble ó raíz empeñada á otri, puede ser dicha peño.»

Cuanto á su división, la ley distinguió tres especies: convencional, que hacen los hombres entre sí de su voluntad: judicial que los jueces mandan entregar á una de las partes en los bienes de su colitigante por mengua de respuesta ó por rebeldía, cuyas dos maneras de prenda se hacen por palabra; y la tercera, llamada tácita, que se constituye calladamente, aunque los contrayentes no hayan dicho la menor cosa: v. gr., la hipoteca de la mujer sobre los bienes del marido por razón de dote ó la del fisco en los de sus deudores, etc.

No añadimos una palabra mas sobre esta materia, que ha sido profunda y radicalmente modificada por la Ley hipotecaria.

ARTICULO 2.º

Qué cosas pueden ser dadas en prenda y cuáles no.

Ley 2.ª.—*Empeñar se puede toda cosa quier sea nascida ó por nascer así como el fruto de los ganados, é de los árboles, é*

de las heredades é de todas las otras rentas que los omes han de cualquier natura que sean, tambien las corporales como las que no lo son.....

Los jurisconsultos romanos establecieron que todo lo que por estar fuera del comercio de los hombres no podía venderse, tampoco podía darse en prenda. Marciano escribe: *Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest* (Ley 1.^a, § 2.^o, Dig., *quæ res pign. vel hypoth.*), Gayo dá la misma regla: toda cosa enagenable sirve para prenda: *Quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem potest recipere* (Ley 9.^a, § 1.^o, Dig., *pign. et hypoth.*). Puesto que la prenda ha de resolverse en un precio si el deudor no paga, la comparacion no puede ser mas exacta.

Por eso preceptúa esta ley que toda cosa es susceptible de prenda, aunque no tenga existencia de presente, como el fruto de los ganados, de los árboles, de las heredades, de las rentas, etc.; cosas que podíamos llamar materiales.

Respecto á las cosas incorporeales, dudaban los intérpretes que pudieran darse en prenda: mas la práctica se pronunció en sentido contrario, y el derecho pátrio la confirma, pues la ley comentada dice: tambien las corporales como las que no lo son.

¶ Pero como quier que esquilme ó disfrute destas cosas el que las tuviere á peños, tenuto es de lo descontar de aquello que dió sobre aquella cosa empeñada é darla al señor.

Esta cláusula, puesta á continuacion de la anterior, es mas que un precepto una advertencia: ocasion vendrá de volver sobre ella.

¶ Otrosi todas las debdas que deban á un ome las puede empeñar á otro con todos los derechos que han en ellas. E el que las recibe en peños, puedelas demandar en juicio, é fuera de juicio: bien asi como faria aquel á quien las deben que gelas empeñó.

Como la razon en que los jurisconsultos se apoyaron para negar que las cosas incorporeales no eran á propósito para darse en prenda consistia en que esta exigia la tradicion: *res enim incorporales traditionem non recipiunt*, puédese conjeturar su repug-

nancia á admitir con este objeto los créditos. Pero ante una distincion de escuela el legislador no debia retroceder, por lo que declara prendables los créditos y todos sus derechos. El acreedor, en su caso, haríalos valer en juicio ó fuera de él como si originariamente le perteneciesen ó fuesen suyos.

Ley 9.^a—*‘Cosa ajena non puede ser empeñada, sin mandado de aquel, cuya es. ‘Pero si alguno la empeñase, é despues que lo supiese el señor, lo consintiese ó lo oviese por firme ó estando delante, cuando la empeñaba, se callase é non lo contradijese; valdria el empeñamiento como si él lo oviese fecho ó otro por su mandado.*

El Fuero Real prohibió dar en prenda la cosa de otro. *Defendemos que ningún home no meta en peños cosa ajena (Ley 9.^a).*

Por el contrario, el derecho romano lo autorizó verificándolo o por voluntad ó aquiescencia del dueño que equivalía á su aprobacion: *Aliena res pignori dari voluntate domini potest: sed et si ignorante eo data sit, et ratum habuerit pignus valevit (Ley 20, tit. VII, libro XIII, Dig.).*

Los derechos del dueño ningun perjuicio sufrían por el contrato de personas estrañas; pero entre los contrayentes habia producido relaciones recíprocas, lo cual bastaba para que las cumpliesen obrando de buena fé.

La ley trascrita de Partidas declara nula la prenda de cosa ajena cuando se haya constituido sin mandado de su dueño; pero si éste lo supiere despues y lo consintiere y ratificare, ó estando presente callare y no lo contradigere, valdria el acto, como si se hubiese hecho por su mandado.

Ley 10.—*‘Empeñando algun ome su cosa á otro, si despues deso quisiere empeñar aquella cosa misma otra vez, non lo podria facer sin sabiduria é sin mandado de aquel á quien la avia empeñado primeramente. Fuera si la cosa valiese tanto que cumpliera á pagar amos los debdos. Ca estonce, bien la podria empeñar sin su sabiduria, por tanto quanto valiese demás de aquello que él habia sobre ella. ‘Otro si, si algun ome oviese empeñado alguna cosa á algun ome, por tanto quanto valia é despues deso empeñase aquella cosa misma á otro, sin sabiduria é sin mandado*

de aquel que la tiene en peños, es tenuto de dar otro peño alguno al segundo ome á quien lt avia empeñada, que vala tanto quanto avia recibido del. E demás desto puédele poner pena el juzgador del lugar segun su alvedrio por este engaño que fizo de empeñar una cosa á dos omes por mas que no valia. Eso mismo debe ser guardado cuando alguno empeña cosa agena non lo sabiendo aquel que la recibe en peños.

La ley 9.^a antes citada del Fuero Real no se limita á prohibir la prenda de cosa ajena, sino que además prohíbe que el dueño empeñe la suya en dos lugares, ni la cosa que tuviere empeñada, la empeñe á otro por mas ni en otra guisa, si no como él la tuviere: é quien contra esto fuere, peche lo que empeñare doblado á su dueño; é si la su cosa empeñare en dos lugares ó en mas, peche á cada uno de aquellos, á quien la empeñare el doblo de lo que valiere.

Sin embargo de que segun hemos dicho, el derecho romano declaró válida la prenda de la cosa ajena ó empeñada á otro, impuso limitaciones que hacian ilusoria semejante facultad. Paulo dice: *Si quis rem alienam vel alii pignoratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat.*

Dos consideraciones pudieron influir para considerar válida la obligacion: la buena fé del segundo acreedor, pues suponemos que obró sin malicia, y la mala fé del deudor, el cual debia quedar obligado, siquiera no fuese mas que en castigo de su fraude.

Mas como fuera injusto hacer sentir al primitivo acreedor las consecuencias de la malicia ó de la ignorancia; por eso el jurisconsulto añade: ó que sabia ó ignoraba que la cosa estuviese anteriormente empeñada: *Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia, quantum ad contrarium judicium eum ignorantia non excusat* (Ley 16, § 1.º, tit. VII, lib. XIII, Dig.).

En lugar de estos rodeos que sin separarse de la estricta legalidad engendran confusion, dice la ley Alfonsina: si un deudor despues de haber dado cierta cosa en prenda, la empeña á otro sin órden ni conocimiento del primero, el contrato es nulo, por lo que no bastando la cosa para pagar á ambos acreedo-

res, debe dar al segundo otra prenda equivalente á su crédito, y el juez puede imponerle pena arbitraria por el engaño que hizo.

Siendo la cosa de tal valor que bastase para pagar ambos créditos, natural es que el segundo contrato subsista, pues en cuanto al exceso no estaba propiamente empeñada. Tampoco este caso se ocultó á la esquisita penetracion de aquellos jurisconsultos, la ley se concreta á imitarlos. Ulpiano escribe: *Plane si ea res ampla est, et ad modicum aris fuerit pignoratitiam dici debet cessare non solum stellionatus crimen sed etiam pignoratitiam et de dolo actionem: quasi in nullo captus sit qui pignori secundo loco accepit* (Ley 36, § 1.º, id.).

Lo mismo ha de observarse cuando uno dá en prenda cosa ajena si el acreedor lo ignora ó no es cómplice en el fraude. No prestando su consentimiento el verdadero dueño, que es el caso de la ley anterior, el deudor está obligado á entregar una nueva prenda, y debe sufrir además la pena correspondiente á su engaño.

Ley 3.ª—*‘Santas cosas é sagradas é religiosas, así como las eglesias, é los monumentos, etc., non las pueden los omes recibir á peños nin se pueden obligar. Fuera por cosas señaladas segun dice el título que fabla destas cosas.....*

Ley 8.ª, dicho tít. Fuero Real.—*Toda cosa defendida por la ley que no se puede vender, defendemos que no se puede empeñar.*

La primera condicion de las cosas para que puedan ser materia de contrato, es que estén en el comercio, careciendo de este requisito las sagradas, religiosas y santas, no pueden ser dadas en prenda: *Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est jure pignoris accipere non potest, ut D. Pius Claudio Saturnino rescripsit* (Ley 1.ª, § 2.º, tít. III, lib. XX, Dig.).

‘Otro si ome libre non se puede empeñar. Ante decimos que cualquier que lo recibiese en peños, debe perder todo lo que diese sobre él.

En Roma se hizo frecuente uso de la prenda personal empeñando uno su cuerpo, su libertad y la de sus hijos. Pero la ley de Partida rechazando semejante prenda, volvió por los derechos y la dignidad del hombre.

**Otro si ome libre puede ser dado en rehenes por razon de paz que firmasen algunos entre sí, ó por tregua, ó por otra seguridad. E maguer el pleito sobre el que fuese alguno empeñado en esta manera no fuese guardado, con todo non deben á el matar, nin ferir, nin darle pena alguna, nin facerle mal alguno. Mas puédenle guardar quanto tiempo tovieren por guisado, ó fasta que el tiempo se cumpla, así como fué puesto.*

Los rehenes, dice Grocio, son una especie de garantía de los tratados de paz. No podía la ley sustraerse á una costumbre sancionada por el derecho público de su tiempo, pero si bien reconoce que el pacto produce sobre la persona dada en rehenes un *jus pignoris* que permite guardarla y retenerla durante el tiempo convenido, borra el carácter de inhumanidad que habia tenido esta institucion en ciertos pueblos, declarando que no se le puede matar, ni herir, ni imponerle pena ni hacerle daño alguno.

Semejanté contrato, es sin embargo odioso, porque el secuestro de la libertad no debe ni puede compararse al empeño de las cosas: *Neque enim æquale est odium: res enim natæ sunt ut teneantur, non ut homines* (Grocio III, 20, núm. 59).

Los rehenes practicados todavía en las convenciones de pueblo á pueblo, tuvieron antiguamente aplicacion á los contratos de derecho civil. La prenda corporal se aleja cada dia mas de nuestras costumbres: la libertad se opondrá á este tráfico de la persona. Es oficio de los bienes responder por los compromisos, pero el hombre no debe sufrir esta degradacion que le asimila á la cosa (*Trop., Du Nantissement, núm. 37*).

Ley 4.^a — *Bueyes, nin vacas, nin otras bestias de arada, nin los arados, nin las ferramientas, nin las otras cosas que son menester para labrar las heredades, defendemos que ninguno non lo tome á peños: nin otrosi ningún juzgador, nin otro ome, non sea osado de las prender, nin de facer entrega dellas. E qualquier que lo ficiese, seria tenuto de pechar al señor dellas todo el daño é el menoscabo que le viniere por esta razon.*

El deber de conservar á cada individuo los medios indispensables para la subsistencia, recomendado en el caso de los labra-

dores por la proteccion concedida siempre á la agricultura, hizo que los legisladores consignaran esta escepcion, como aparece por la ley 8.^a, tít. XVII, lib. VIII, *Cód.*: *Pignorum gratia aliquid, quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit.*

El emperador Federico prohibió, bajo severas penas, prender los útiles de la labranza y todo cuanto sirviese á la agricultura: su constitucion es absoluta y enérgica. Los agricultores, dice, ocupados en las cosas rústicas en cualquiera parte que se hallen, deben estar seguros lo mismo cuando habitan las ciudades, que cuando cultivan los campos: *Dum villis insident, dum agros collunt*; de manera que nadie haya tan audaz que se atreva á invadir, ocupar ó sustraer violentamente las personas, los bueyes, los instrumentos de la labranza, y en general cuanto sirva para el cultivo de los campos: *Ita ut nullus inveniatur tam audax, ut personas, boves, et agrorum instrumenta, aut si quid aliud sit, quod ad agrorum operam rusticam pertineat, invadere aut capere aut violenter auferre præsumat.* El contraventor incurria en pena de infamia y debía restituir el cuádruplo de las cosas ocupadas: *In quadruplum oblata restituit; et infamiae notam ipso jure incurrat.*

Mantuvo esta escepcion la ley 5.^a, título y libro citados del Fuero Real. *Mandamos que ninguno no prenda bueys, ni vaca con que aran, ni otras bestias de arar, ni arador, ni trillo, ni cosa que sea para servicio de labrar ó de coger pan, y el que lo ficiere, torne lo que prendare á su dueño, con quanto daño deude le viniere; é por la osadía peche otro tanto quanto prendó, la mitad al rey, é la meitad al que prendó.*

El beneficio está limitado á las bestias y á los instrumentos de labranza. El que con infraccion de la ley prendare tales cosas, debía devolverlas al dueño é indemnizarle de los perjuicios, pagando por su osadía otro tanto como prendó: la mitad para el rey, y la otra mitad al dueño.

Reproduce la prohibicion D. Alonso XI en el tít. XVIII del Ordenamiento, donde además, en obsequio á los caballeros y por facerles merced, prohibió que les fueran prendados los caballos é armas de su cuerpo.

Los Reyes Católicos, en las leyes de hermandad hechas en

Córdoba á 7 de Julio de 1496, continúan el privilegio como aparece por la 14, tít. XXXI, lib. XI, Nov. Recop.: *Mandamos que los bueyes y mulas y bestias de arar y los labradores que con ellas trabajaren, en tanto que labraren, ó se ocuparen en las labores de pan y vino, que gocen y puedan gozar de toda seguridad, y no se haga, ni pueda hacer en los dichos labradores y bestias, prendas, ni represalias, ni ejecuciones por ningunas deudas de cualesquier cualidades que sean, aunque sean muy privilegiadas; y cualquier merino... ó otra cualesquier persona que lo contrario hiciere, sea punido por nuestros alcaldes de hermandad, salvo si se hiciere por maravedís á nos debidos de las nuestras rentas, ó de la contribucion de la hermandad, ó en los otros casos de Derecho permitidos.*

Prohibe la ley prender ni hacer ejecucion en los bueyes y bestias de labor en tanto que los labradores los ocupan en las faenas del campo, por ninguna deuda, aunque sean de las mas privilegiadas, con la única escepcion de las rentas de la corona y la contribucion de hermandad. El merino ú otra persona que lo contrario hicieren, incurrian en pena.

Finalmente, el decreto de las Córtes de 8 de Junio de 1813, restablecido en 6 de Setiembre de 1836, contiene entre otras disposiciones las siguientes: Art. 10. En ningun caso, ni por ningun titulo, se podrá hacer ejecucion ni embargo en las mieses que, despues de segadas, existan en los rastrojos ó en las eras hasta que estén limpios y entrojados los granos; pero se podrá poner interventor, cuando el deudor no tenga arraigo y no dé fianza suficiente. Hasta la misma época, y mientras que los granos existan en las eras, no permitirán los alcaldes y ayuntamientos de los pueblos que se hagan en ellas cuestaciones ni demandas algunas de granos por ninguna clase de personas, ni aun por religiosos de las órdenes mendicantes. Art. 11. Se observará puntualmente todo lo demás que se halla prevenido por las leyes á favor de los labradores y ganaderos, en cuanto no sea contrario á lo que se manda en este decreto.

El anterior decreto ampara la seguridad de las mieses, prohibiendo su embargo ó su ejecucion en los rastrojos, aun des-

pues de segadas, mientras los granos no se hallen limpios y entrejados. Del mismo modo trata de impedir que saquen los granos de la era á pretexto de'cuestaciones y otras demandas. Todo sin perjuicio de los privilegios otorgados á los labradores por las antiguas leyes, las cuales, en cuanto no fueren contrarias, aprueba y ratifica.

Es casi seguro que la escepcion se ha convertido en daño de los agricultores; pero la intencion del legislador fué otorgarles un privilegio.

Ley 5.^a—*'A peños obligando alguno todos sus bienes, cosas y a señaladas, que non serian por ende obligadas. E son estas: barragana que tenga manifestamente en su casa é los fijos que oviere della é los criados, etc., é las otras cosas de su casa que ha menester cada dia para servicio de su cuerpo, ó de su compana, así como su lecho del, é de su mujer, é la ropa, é las otras cosas todas de su cocina que ha menester para servicio de su comer, é las armas, é el caballo de su cuerpo. ²E todas las otras cosas que oviere entonce, é aun las que atiende aver despues, fican obligadas por razon de tal empeñamiento. Fueras ende estas sobre dichas ó otras algunas si las oviere que sean semejantes destas.*

La obligacion general de bienes no comprende todos los del deudor. Dejamos aparte el capítulo relativo á las barraganas y sus hijos, doliéndonos de que se haya creido necesario formular semejante escepcion. Mas acertado anduvo el legislador al escluir de la prenda las cosas de uso diario, las ropas de vestir y en general los útiles de trabajo indispensables para adquirirse el sustento. Otras escepciones reconocerán por causa el privilegio, esta se funda en una necesidad de todas las familias.

La Ley de Enjuiciamiento civil preceptúa asimismo que no se causen embargos en el lecho cotidiano del deudor, su mujer é hijos; en las ropas del preciso uso de los mismos, ni en los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que el primero pueda estar dedicado. Ningunos otros bienes se consideran exceptuados (art. 951).

Todas las otras cosas y las que despues adquiriera, quedan

obligadas fuera de las dichas ú otras semejantes; cuya cláusula debe entenderse no de aquellas cosas que por derecho no pueden ser dadas en prenda, sino de las demás que tengan analogía con los casos puestos por ejemplo. Así se infiere por la comparación de esta ley con la 8.^a, tit. I, lib. XX, Dig.: *Concubinam, filios naturales, alumnos constitit generali obligatione non contineri, et si aliqua sunt hujusmodi ministeria.*

Ley 6.^a—*Empeñadas pueden ser las cosas estando presentes los dueños dellas, é los otros que las reciben á peños, quier sean las cosas en aquel lugar, ó en otro. E aun lo pueden facer por mensageros ó por cartas, maguer alguno dellos non fuese delante con escritura ó sin ella. ²Otrosí, cuando alguno empeñase alguna cosa la debe señalar, ó por su nome, ó por señales, ó por medida, ó por otra manera qualquier, por que sea sabida ciertamente qual es la cosa que es dada á peños.*

La prenda puede constituirse como todas las demás obligaciones en escritura ó sin ella, por mensajero ó por cartas estando presentes ó ausentes el dueño de la cosa y el acreedor, expresando siempre con individualidad sus señales para evitar dudas y equivocaciones: *Pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur* (Ley 23, § 1.^o, tit. I, lib. XX, Dig.). La misma idea si cabe con mayor expresion, contiene la ley 4.^a, hablando de la hipoteca. Ambas leyes, en opinión del comentador, sirvieron de fundamento á la nuestra de Partida.

La prenda no exige formalidades especiales, sino que está sometida á las pruebas ordinarias segun la ley que por lo general rige en todos los contratos. Mas cuando la convencion se quiera hacer valer en perjuicio de tercero, convendrá tener un dato cierto, una prueba acabada que aleje toda idea de fraude y de colusion. Sin estas precauciones, decia M. Gary, órgano del Tribunado, un deador infiel, en el momento que vea comprometidos ó próximos á ser embargados sus bienes muebles, procurará por inteligencias criminales sustraerlos á la accion de sus acreedores.

ARTÍCULO 3.º

Qué personas pueden dar en prenda sus cosas.

Ley 7.ª—'Los que han poderío de enagenar las cosas porque son señores dellas, estos mismos las pueden empeñar á otri. E aun decimos que si algunos han derecho en las cosas, las pueden empeñar maguer non oviesen el señorío dellas.....

Siendo la prenda una forma de enagenacion, pueden prender los dueños de las cosas y aun los que sin serlo tienen un derecho en ellas. Gregorio Lopez, respecto al segundo caso, dice: que aun antes de la adquisicion del dominio el derecho quedaba obligado, y que en su virtud lo era igualmente la cosa tan pronto como se adquiria: funda esta doctrina en el § 1.º, ley 3.ª, tit. IV, lib. XX, Dig.

**Otro sí si alguno esperando aver el señorío de alguna cosa la empeñase ante que oviese el señorío della, si despues que la oviese así empeñada ganase el señorío, también finca obligada como si oviese el señorío, é la tenencia della cuando la empeñó.*

Puede asimismo preñar aun el que á la sazón no tiene el señorío de la cosa, mas espera tenerlo: pues si en efecto lo adquiere, valdrá la prenda del mismo modo que si lo hubiere tenido al tiempo de constituirla.

Segun lo terminantemente dispuesto en esta ley al empeñarse una cosa ajena, cuando se tiene esperanza de conseguirla, finca empeñada desde el momento en que el que la empeñó gana el señorío de ella (S. 6 Febrero 1863).

*³E aun decimos que si algun ome empeñase á otro cosa ajena non le apoderando della, é aquel á quien fuese empeñada fuese sabidor que era ajena, maguer despues deso ganase el que la empeñó el señorío, con todo eso non ha derecho en ella para demandarla á este que la recibió á peños. *Pero si acaesciese que aquel á quien fuese empeñada, fuese tenedor de aquella cosa entonces, y cuando la ganase, bien la podría tener en peños, fasta que cobrase lo que avia dado sobre ella. ⁵Mas cuando recibió la cosa á peños; si creyó que era de aquel que gela daba á peños, si*

despues deso ganase el otro el señorío della; quando así acaesciese, tambien la podria demandar á quien quier que la tovriere, como si oviese el otro el señorío é la tenencia della, quando la empeñó.

El contrato recibe su fuerza de la posesion; por lo que dice la ley que si uno empeña á otro cosa ajena, pero sin apoderarle de ella, si este sabia que era ajena, aunque luego el otro adquiriese su dominio, no podria pedírsela.

Si por el contrario le entregó de ella al tiempo de empeñarla, y la tuviera en su poder quando adquirió el otro la propiedad, continuaria en la posesion hasta cobrar lo que habia prestado sobre la misma.

Habiendo obrado el acreedor de buena fé presumiendo que era del deudor la cosa concedida en prenda, entregárale ó no de ella, tendria derecho á reclamarla como si hubiese sido propia del deudor quando la constituyó en prenda.

Ley 8.^a —¹Personero ó mayordomo de algun ome empeñando alguna cosa de aquel cuyo mayordomo ó personero es, sin su sabiduría, é sin su mandado; si los maravedis que rescibió sobre los peños entraron en pro del señor, é la cosa empeñada pasó á poder de aquel que la recibió á peños, entonce bien la puede retener, fasta que cobre los maravedis que dió sobre ella. Mas si la cosa non fuese pasada á su poder, como quier que puede demandar los maravedis al señor de la cosa empeñada, si entraron en su pro así como dicho es; con todo non le puede demandar que le dé la cosa que tenga por peños.

El apoderado ó mayordomo puede empeñar los bienes de su amo sin su noticia, por lo que si invierte en su utilidad lo recibido en préstamo y la cosa empeñada pasa á poder del prestamista, podrá éste retenerla hasta que cobre el préstamo. Si la cosa no pasó á su poder, tendrá únicamente derecho á repetir lo que prestó.

²Otrosí aquel que tiene en guarda los bienes de algun huérfano, si oviese menester de empeñar alguna cosa dellos por pro de aquel que tiene en guarda, lo puede facer de las cosas muebles, metiendo todavía en pro del mozo los maravedis que tomare sobre los peños. Mas las otras cosas que son raíz, non las

puede empeñar sin otorgamiento del juzgador. Pero si el guardador empeñase alguna cosa de las suyas para pagar debda que debiese el huérfano, ó por alguna otra cosa valdria el empeñamiento contra el guardador, maguer el mozo non fuese tenudo de pagar la debda, porque non oviese entrado en su pro.

El tutor ó curador pueden asimismo empeñar de su propia autoridad los bienes muebles del huérfano para emplear el préstamo en utilidad de éste; pero no los raices, cuya hipoteca no puede constituir sino con licencia del juez y conocimiento de causa.

Respecto á este punto nos referimos al lugar correspondiente del libro I.

Ley 11.—Prendar non debe ninguno las cosas de otro, sin mandado del juzgador, ó del merino de la tierra. Fueras ende, si oviese puesto pleito con su debdor., que lo pudiese él facer por sí, sin mandado del alcalde. E si alguno contra esto ficiese, tenemos por bien, é mandamos, que torne la prenda á su dueño, é que peche la valia de la debda al rey; é demás, que pierda la demanda, que habia contra aquel que así prendó.

No siendo lícito que el particular se haga justicia por su mano, está muy en su lugar esta ley, segun la cual no puede el acreedor tomar prenda al deudor por su propia autoridad; y si lo hiciere sin mandato del juez, debe restituirla á su dueño y pagar su valor al fisco, además de perder su derecho y demanda contra el prendado.

Está iniciada esta doctrina en varias leyes del derecho romano: la penúltima del tit. XXIV, lib. IV del Código, prohíbe al acreedor apoderarse de la prenda á su arbitrio: *Nec creditor citra conventionem vel prasidalem jussionem debiti causa, res debitoris arbitrio suo auferre potest.*

La ley 1.^a, tit. VI, lib. V del Fuero-Juzgo dice: *Defendemos á tot ome que non prende por sí. E si el ome que es libre prenda por sí mismo por fuerza á otri, pague el duplo del penno.....*

La 2.^a, tit. XIX, lib. III del Fuero Real repite: *Defendemos que ninguno sea osado de prender á otro por ninguna cosa*

sin mandado del alcalde, si en el pleito no fuere puesto que prenda por sí cuando quisiere; é si alguno lo ficiere, torne la prenda doblada á su dueño, é peche otro tanto al rey, é pierda la demanda.

La 4.^a del Estilo declara igualmente que no puede hombre tomar los bienes de su deudor á otro que los tenga en su poder por sí mismo.

Este, en una palabra, es un delito, y como tal reprobado en los Fueros y en todos los monumentos de la legislación española.

§ III.

Qué pactos son permitidos en el contrato de prenda y cuáles no.

ARTÍCULO 1.^o

Pacto comisorio.

Ley 12.—¹Todo pleito que non sea contra derecho, nin contra buenas costumbres, puede ser puesto sobre las cosas que dan los omes á peños. ²Mas los otros non deben valer. E por ende decimos, que si algun ome empeñase su cosa á otro, á tal pleito, diciendo asi: Si vos non quitare este peño fasta tal dia, otorgo que sea vuestro dende adelante, por esto que me prestaes, ó que sea vuestro comprado; que atal pleito como este non debe valer. Ca si atal postura valiese, non querrian los omes rescebir de otra guisa los peños, é vernia por ende muy gran daño á la tierra; porque quando algunos estuviesen muy cuitados, empeñarían las cosas, por quanto quier que les diesen sobre ellas, é perderlas y an, por tal postura como esta. ³Pero si el pleito fuese puesto de guisa, que si el peño non le quitase fasta dia cierto el que lo empeñó, que fuese suyo vendido, é del otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciaren omes buenos; tal pleito decimos que valdria, asi como dijimos en el titulo de las promisiones, de los pleitos, é de las posturas, en la ley que habla en esta razon.

El contrato de prenda admite todos los pactos lícitos: los ilícitos por ser contrarios á la moral y al derecho, son nulos. Entre esos pactos hay uno del que con especialidad se ocupa esta ley, conocido por el nombre de pacto comisorio. Consiste en estipular que si dentro de cierto tiempo el deudor no retira la prenda pagando lo que tomó sobre ella, el acreedor la adquiera en pleno derecho y la haga suya. Semejante pacto envuelve una venta condicional que cambia los fines legítimos de la prenda, sustituyendo en su lugar una enajenación absoluta sin la concurrencia de compradores: encierra una cláusula penal por falta de pago en el tiempo convenido: *Committitur pignus pene causa* (Doneau sobre el Cód. de *pact. pign.*, núm. 2). *Arrebata ex abrupto*, como dice Godofredo, al desgraciado deudor la cosa que le pertenece.

El pacto comisorio fué proscrito desde los primeros tiempos por la jurisprudencia romana por declaraciones mas ó menos explícitas, pero no bastando esto para contener la codicia de los acreedores, Constantino que con tanto esmero se ocupó de corregir las costumbres del imperio, prohibió el pacto comisorio de la manera mas absoluta: *Quoniam inter alias captiones precipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt* (Ley 3.^a, tit. XXXV, lib. VIII, Cód.).

Muchos juriconsultos han opinado que esta ley de Constantino fué una innovación. Doneau en el lugar citado núm. 4, dice: *Et probabile est, non hac constitutione Constantini primum hanc legem improbatam esse sed etiam displicuisse veteribus. Pœna tantum aucta est.*

Troplong suscribe á este dictámen. Muchos textos del Digesto, dice, suponen invenciblemente la nulidad y la injusticia del pacto comisorio. Verdad es que ninguno recae sobre un caso preciso, declarándole espresamente invalidado, pero la idea de la nulidad está sobreentendida; de otro modo ciertos fragmentos no tendrían sentido (*Du gage*, núm. 383).

Por lo demás, no cuesta mucho comprender dónde está el

peligro de este pacto. Como la cosa dada en prenda es por lo comun de un valor superior al de la deuda, solo cediendo á la necesidad ha podido consentir el deudor en que el acreedor se quede con ella, si vencido el plazo no paga. Aun suponiendo que no tuviese mayor valor no habria razon para tolerarle. El precio de las cosas varía, por lo que la prenda que en la época de celebrar el contrato valiese tanto, podria valer tanto mas en el momento de hacer el pago, y no es justo privar al deudor de este beneficio que le corresponde como dueño de ella.

Además, no seria posible autorizarle sin que los acreedores se valieran de él para hacerle intervenir bajo una ú otra forma en los contratos; de manera que indirectamente la ley fomentaria el dolo y haria pulular convenciones que disfrazasen los mas grandes abusos.

Dicho pacto, en sentir de los intérpretes, es reprobado, no solo cuando se interpuso al contraerse la deuda, sino en cualquier tiempo y aunque se estipule en forma de transaccion, porque en cualquiera de estos casos existe el peligro que se desea precaver.

Conforme á lo dispuesto por la ley 41, tit. V, Part. 5.^a, la promesa de ceder á favor del acreedor de un crédito hipotecario los bienes hipotecados, ó sea de venderlos por la deuda, es un pacto comisorio, y como tal contrario á la misma ley (S. 13 Noviembre 1865).

No debe confundirse con el pacto comisorio la convencion en cuya virtud las partes estipulan que no pagando el deudor al plazo señalado, se quede el acreedor con la cosa por su precio en estimacion. Tal es la decision de Marciano en la ley 16, § final, Dig., de *pignor. hypoth.*: *Potest ita fieri pignoris datio ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo pretio tunc aestimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.* Y á la vez la escepcion de la ley de Partida, declarando válido el pacto concebido en estos términos: «que si el peño non le quitase fasta dia cierto el que lo empeñó que fuese suyo vendido é del otro comprado, por tanto precio quanto le apreciases omes buenos.»

No hay en este caso los peligros que acompañan al pleito comisorio, porque apreciada la cosa se le da el valor que le corresponde: el acreedor recibe el importe de la deuda, y el deudor toma lo restante. A fin de poner en ejecución esta cláusula, lo que se acostumbra es que el acreedor cite al deudor para ponerse de acuerdo sobre nombramiento de peritos que hagan la tasación; aprobada ésta, todavía no se hace el acreedor dueño de la cosa, pues ha de recaer auto del juez que lo declare; auto, en el que se dictan las medidas convenientes para asegurar al deudor el exceso si lo hubiere.

Debe, por último, tenerse en cuenta que la ley romana ordena que la tasación se haga *ex tunc* no *ex nunc*. Lo que quiere decir, que sería nulo el pacto que convirtiese la prenda en venta por la estimación hecha al tiempo del contrato. Dos razones puede haber para eso, la una el peligro de que estrechado por la necesidad aceptara un precio inferior: la otra, que por la alteración á que está espuesto el valor de las cosas, el precio debe ser no el que tuviera la prenda al tiempo del contrato, sino el de la venta: *Non ex hic emptio venditio ex nunc, sed tantum ex tunc*.

ARTÍCULO 2.º

Pacto anticrético.

Los jurisconsultos han supuesto que no comprendieron á este contrato las resoluciones dictadas en Roma sobre las usuras, apoyándose en una razón indicada por el emperador Filipo: los frutos de un inmueble tienen algo de aleatorio, son á veces nulos ó insignificantes: los años malos se compensan con los buenos: *Obtenta majoris percepti emolumentum propter incertum fructuum proventum, rescindi placita non possunt* (Ley 17, Cód., de *Usuris*).

Sin embargo, Justiniano, por consideración al estado de los labradores en las provincias de Tracia, prohibió celebrar con ellos contratos de anticréticos.

El derecho canónico, todavía mas severo, le condenó por completo. Compensar los frutos con los intereses era suponer

lo que aquel derecho no concedía, que estos fuesen válidos. Las prescripciones de la Iglesia ejercieron autoridad casi general.

En España no hay leyes que terminantemente le reprueben; pero infiérese por la 1.^a y la 2.^a de este título, que no estaba permitido.

La palabra griega anticresis significa, en sentir de los juriconsultos, el uso de la prenda concedido al acreedor por su crédito, *mutuus pignoris usus pro credito*, cuya acepción es la mas general, pues aunque algunos le miran como préstamo recíproco, *contrarium mutuum*, lo mas regular es que produzca la pignoración de la finca. Marciano le considera como una especie de prenda *cum pignus sit*, y todos los textos le atribuyen este carácter.

La esencia de la anticresis consiste en la compensación de los frutos con los intereses. El deudor concede al acreedor el goce de un inmueble para que perciba los frutos en lugar de los intereses, y retenga su posesión hasta cobrar el crédito. Marciano le ha descrito perfectamente en la ley 11, § 1.^o, Dig., de *Pign. et hypoth.*: *Si mutuus pignoris usus pro credito facta sit, et in fundum aut aedes aliquis inducatur, eoque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque, si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.*

Sala, en su Ilustración al derecho real, después de hacer mérito de ambas leyes, añade lo siguiente: Como en nuestra España están justamente prohibidas las usuras, no admitimos el pacto llamado anticrésis que admitieron las leyes romanas, reducido á que gane el acreedor las usuras ó frutos de la cosa que hubiese recibido en peños, si así se pactare, el cual fué reprobado como usurario en varios capítulos del derecho canónico. Pero sí que admiten nuestros autores la doctrina del famoso capítulo *salubriter*, 16 de *usur.*, de las Decretales de Gregorio IX, de que el marido que sostiene las cargas del matrimonio, puede percibir y retener, sin imputar en la suerte ó capital los frutos de los bienes que se le habiesen dado á peños en seguridad de la dote que habian de darle, como compensato-

rios de dichas cargas, segun lo prueban bien Gomez en la ley 50 de Toro, núm. 30; Castillo, lib. III, controv., núm. 23, y latísimamente el Sr. Covarrubias, Var., cap. I, núm. 3, recorriendo muchos casos.

Febrero (Novísimo) contesta: se vé, pues, que el principal y único fundamento de Sala, para rechazar el pacto anticrético, estriba en tenerlo por usurario, y en que por nuestras leyes están reprobadas las usuras ó intereses. Decimos usuras ó intereses, porque usura no es mas que el interés del dinero, y no admitimos la pueril y sofisticada distincion que entre una y otro quieren hacer algunos.

Reducida la cuestion á estos términos, es consiguiente, mal que pese á Sala, que siempre que por ley ó costumbre autorizada, pueda llevarse usura ó interés del dinero, habrá de ser permitido el pacto anticrético en cuanto no esceda de la tasa que por ley ó costumbre se haya establecido para la usura ó interés del dinero en el caso de que se trate, y que en los términos y con las limitaciones indicadas, es aplicable entre nosotros la doctrina del derecho romano (tít. LIII, núm. 3.626).

Viso se desentiende de la dificultad, diciendo que como la ley 2.^a de este título solo se limita á decir que los frutos de la cosa empeñada pertenecen al dueño, han creído los autores que en tanto debia declararse ilícito, en cuanto escediera el valor de los frutos de la tasa legal, con lo que se resuelve fácilmente la cuestion. Pero en su lugar promueve la siguiente: ¿subsistirá la prohibicion despues de publicada la ley de 14 de Marzo de 1856 que ha abolido la tasa del interés? Supone este autor que como la prestacion, que por via de intereses ha de pagarse al acreedor segun el art. 4.^o, debe consistir en la misma especie que la que ha de devolverse, y no son de la misma especie los frutos y el dinero prestado, hay lugar á dudarse de nuevo, acerca de la legitimidad del pacto anticrético, aunque sea otro el motivo de la dificultad (Lec. III, § 10).

Nosotros opinamos que el anticrético habia sido justamente reprobado como usurario por la presuncion muy natural de que los frutos escedian del precio de los intereses, de modo

que el deudor tendría legítimo derecho á pedir cuenta de los frutos. Pero que despues de la ley de 14 de Marzo de 1836 ha dejado de serlo, sin que su redaccion dé motivo para la duda promovida por el distinguido catedrático de Valencia: en primer lugar no es imposible que el préstamo se haya constituido en frutos, por lo que si esta es la única dificultad se halla prevista y resuelta en la ley; pero aunque se haya hecho en metálico, ha podido estipularse que el acreedor cobre en lugar de intereses los frutos. El exceso, que era lo que se trataba de evitar, ha desaparecido, y con él la verdadera causa de la prohibicion.

Los Sres. La Serna y Montalban, dicen: antes de la ley de 1836, que abolió la tasa del interés, reputábamos válido el anticréseos en cuanto no esciediera de la cuota del rédito del 6 por 100. Los que impugnaban esta opinion se fundaban en la prohibicion general de los contratos usurarios. Hoy, en que es lícito pactar los intereses que plazca á los contratantes, creemos que ya no puede ser esto objeto de disputa, si bien deberá constar por escrito el convenio de los intereses en los términos que dejamos dicho al tratar del préstamo mútuo (Elem., título XVIII, de la prenda, núm. 20).

§ IV.

Efectos jurídicos nacidos de este contrato.

ARTÍCULO 1.º

Deberes del acreedor respecto á la conservacion de la cosa.

Ley 20.—*Gran femencia debe poner en guardar la cosa, todo ome que la rescibe en peños; de guisa que por su culpa, nin por su negligencia, non se pierda, nin se empeore. E para esto ser bien guardado, ha menester que non use los peños, nin se sirva dellos el que los tiene. Fueras si lo ficiere en buena manera de guisa, que non valan por ende menos. E aun esto que lo fagan con placer é mandado de aquellos, cuyos son. Ca los*

peños principalmente son dados por aver seguridad de lo que dan sobre ellos aquellos que los resciben por peños, é non por usar dellos. E por ende decimos que si alguno contra esto ficiere, é la cosa empeñada se perdiese ó empeorase, usando della contra voluntad del señor della, ó si de otra manera le viniese este daño por culpa, ó por negligencia de aquel que la tiene en peños, tenuto es de la pechar.....

El acreedor debe emplear el cuidado conveniente respecto á la cosa dada en prenda para que ni se pierda ni se empeore por su culpa ó negligencia.

Su primer deber en tal concepto consiste en no usar de la prenda: si lo hace ha de ser en buena forma, y aun esto con beneplácito del dueño. Esto tiene de particular este contrato: en el préstamo, se entrega la cosa para que el mutuario haga de ella el uso determinado: en el depósito para que el depositario la conserve á disposicion del dueño: en la prenda se da con el esclusivo objeto de procurar la seguridad del crédito.

Si resultara culpado de dolo, tendria lugar la accion pignoratícia por que se presta como es sabido en todos los contratos.

Responde además de la culpa, no ya la culpa lata parecida al dolo y que se rige casi por su misma regla, sino la leve, como Paulo da á entender en la ley 14, Dig., de *Pig. act.*: *Es igitur que diligens paterfamilias in suis rebus prestare solet à creditore exiguntur.*

La culpa levísima ha sido escluida por los testos: Paulo y Ulpiano evitaron cuidadosamente emplear el superlativo. La diligencia exigida al acreedor prendario es la que prestaría un buen padre de familia, no la que debería esperarse de otro diligentísimo.

Parece hallarse en oposicion con esta doctrina la ley 13, § 1.º de este título, en la que Ulpiano dice: *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia: vis major non venit.*

Este testo ha preocupado mucho á los intérpretes, porque despues de haber sostenido, segun el parecer de los jurisconsultos romanos, que el comodatario prestaba la culpa levísima, la

comparacion entre este y el acreedor pignoraticio, establecida por Ulpiano, trastornaba dicha teoría; por eso han inventado distinciones propias de su ingenio sutil y fecundo. Gerardo Noodt ha supuesto que se padeció un error de redaccion escribiendo *ut* en lugar de *at*, por lo que opina que debe leerse: *at in commodato venit et custodia, vis major non venit*. Otros han sostenido que Ulpiano al hacer esta comparacion se referia no al comodato hecho en utilidad del comodatario, sino al que produjera utilidad reciproca de los contrayentes.

La opinion mas comun ha sido que su idea fué significar que lo mismo en un contrato que en otro, era menester conservar y cuidar la cosa, pero sin descender á fijar el mayor ó menor grado de culpa.

²*Mas si acaesciese la pérdida ó el empeoramiento en la cosa empeñada por ocasion, é non por culpa, nin por engaño que ficiese aquel que la tenia á peños, non seria tenuto de la pechar. Ante decimos, que aquel cuya era, es tenuto de dar al otro la debda que oviese sobre ella. Pero este que tomó la cosa á peños debe probar la ocasion, porque dice que se perdió la cosa. E probándola, es quito de la demanda, é debe cobrar lo que dió, asi como es dicho. Fuera si el otro, cuya era la cosa probase que la ocasion aviniera por culpa del que tenia la cosa á peños. Ca entence, como quier que debe cobrar su debda, tenuto es de pechar la cosa, pues se perdió por ocasion que avino por su culpa.*

El acreedor no responde de la fuerza mayor, porque la pérdida de la cosa la sufre el dueño: *Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit* (Ley 9.^a, Cód. de Pig. act.).

En prestando una exacta diligencia, dijo Justiniano, el acreedor no pierde el derecho á repetir su crédito, aunque la cosa haya perecido si fué por caso fortuito: *Quam diligentiam si prastiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere* (Lib. III, tit. XIV, al final, Inst.).

El acreedor no está obligado á entregar la prenda perdida por caso fortuito, sin que por eso decaiga su derecho á reclamar su crédito, á menos de haber estipulado que la pérdida de la prenda deje libre al deudor: *Creditor pignora, que casu interierint,*

præstare non compellitur: nec à petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem (Ley 6.^a, Cód. de *Pig. act.*).

No basta, sin embargo, alegar la pérdida de la cosa: el acreedor, como guarda ó custodio de ella, debe probar el caso fortuito, y además que ha ocurrido sin su culpa: *Sed si culpa reus apprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse: quanti debitoris interest condemnari debet* (Ley 5.^a, Cód. id.). El robo, por ejemplo, es un acto de fuerza mayor; pero no excusaría al acreedor sino á calidad de demostrar que no pudo prevenirle ó evitarle. Por eso los intérpretes han distinguido dos clases de falta: *in admittendo*, que es la que comete el acreedor cuando por imprudencia causa un daño, rompe, v. g., el espejo que se le ha dado en prenda; y *omittendo*, cuando da lugar á que le roben por falta de cuidado.

Ley 36.—*Empeorándose la cosa empeñada por culpa, ó por negligencia de aquel que la tiene á peños, si tanto fuere el empeoramiento, cuanto es el debdo que avia sobre ella, pierde por ende el derecho que avia en el peño: é si fuere menos, debe ser descontado del debdo, quanto fuer el empeoramiento. Si la peoria fuere mayor que el debdo, debe perder aquello que avia sobre la cosa empeñada. E pechar sobre esto al señor de la cosa el daño que y acaesciere por razon del empeoramiento.....*

Si la cosa empeñada se deteriora por culpa del acreedor, tanto como importa la deuda pierde el derecho á la prenda, si en menos de su valor se descuenta la diferencia, si en mas está obligado al abono del exceso mas daños y perjuicios.

Esta ley es consecuencia del deber que tiene el acreedor de cuidar de la cosa, como un diligente padre de familia. Nada tiene que indemnizar si el deterioro ocurrió sin culpa suya: *Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest: pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet.....* (Ley 8.^a, tít. XXIV, libro IV, Cód.).

Habiendo dado ocasion á los perjuicios, tiene lugar lo dispuesto en otras leyes del mismo título, que aunque no tan explicitas como las nuestras, convienen en sujetarle á la indem-

nizacion..... Si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pignoratitia actione obligatur (Ley 3.^a). Creditor qui fundos et domos pignori..... accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur (Cód. id., ley 7.^a).

ARTÍCULO 2.º

Derechos del acreedor sobre la prenda.

Ley 13.—¹Entre los peños que dan los omes unos á otros, aviéndose entre si mismos, por razon de alguna cosa que avien á dar, ó á facer, é los otros peños que mandan entregar los juzgadores, en razon de facer cumplir sus juicios, ha departamento. Ca las cosas que mandan dar los juzgadores por peños, non son obligadas, fasta que entreguen dellas, á aquellos á quien las mandaren dar. Mas los peños que obligan los omes unos á otros, asi como sobredicho es, luego que son otorgados, maguer que non hayan la tenencia dellos, aquellos que los resciben á peños fincan á ellos obligados. ²E si acaesciese, que los peños, que mandasen dar los juzgadores, asi como de suso es dicho, los empeñase el señor dellos á otri, en ante que el juzgador entregase dellos, á aquel á quien los avia mandado dar; decimos, que entonce mayor derecho ha en los peños, este á quien fueren obligados á postremas, que el otro á quien los mandó dar el juzgador, é non los entregó.

Entre la prenda judicial y la convencional señala esta ley la siguiente diferencia: que la primera no queda obligada mientras no se entregue al acreedor: la segunda lo está antes de verificar la entrega por la nuda convencion.

La ley 1.^a, tit. VII, lib. XIII, Digesto, dice: *Pignus contrahitur non solu traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*

Este precepto debió tener á la vista la de Partida; pero es de esencia en este contrato que el acreedor sea puesto en posesion de la prenda; por eso es real. Lo que quiso decir es que yo puedo convenir con el acreedor en que le entregaré cierta cosa en prenda, y la convencion será válida y obligatoria: este convenio, sin embargo, no es la prenda, como la promesa de vender es diferente de la venta. La promesa de prenda, dice

Pothier, es un contrato sin nombre que no debe confundirse con el de prenda, ya perfeccionado (*Nantissement*, 9). Ningun contrato de esta especie comienza por la tradicion: primero es que las partes se pongan de acuerdo; pero una vez prestado el consentimiento, falta para su perfeccion la entrega de la cosa.

Por eso la ley añade que si el deudor enajenase la prenda antes que el juez apoderase en ella á aquel á quien la habia mandado entregar, el primero que adquirió la posesion tendria la preferencia: *Melior est conditio possidentis*.

Ley 14.—¹Empeñando algun ome la carta de donadio, ó de compra de alguna su heredad ó casa, entiéndese que se empeña la heredad, ó la casa sobre que fué fecha la carta; tambien como si fuese apoderado de la posesion della aquel á quien la empeñó. ²Otrosí decimos que pues que la cosa es empeñada, que aquel que la recibe á peños, puede demandar á aquel que gela empeñó, ó á sus herederos que le entreguen della. ³E si por aventura, aquel que oviese empeñado la cosa á uno, en ante que oviese entregado la posesion della á quien la empeñó, la diese, ó la vendiese, ó la empeñase, ó la enagenase á otro, entregándole della; este á quien fué empeñada primeramente debe demandar al que gela avia empeñado, todo aquello que le avia dado sobre ella. ⁴E si lo pudiere del cobrar, debe dejar estar en paz al otro que la tiene. ⁵E si lo aver non pudiere, nin cobrar de aquel que gela empeñó, estonce puede demandar la cosa que fué empeñada, á aquel que fallare que es tenedor della, é non ante. Fueraß ende, si aquel que avia empeñado la cosa, la vendió, ó la enagenó, despues quel movió el pleito sobre ella, aquel á quien era empeñada. Ca entonce, en su escogencia seria, de le demandar luego primeramente tal debda, á aquel que gela avia empeñada, ó la cosa, al que fallase en la posesion della, á cual dellos mas quisiere.

La prenda lleva consigo la tradicion de la cosa sobre que se constituye, y como los bienes inmuebles, aunque susceptibles de ser dados en garantía, no lo son en la propia forma que las cosas muebles, ha buscado la ley un equivalente en la prenda de la escritura, carta de donacion, compra ó cualquier otro título. La tradicion de este instrumento significa lo mismo que

haberle apoderado de la cosa que representa, cuya frase, segun hace notar el comentador, no se consigna en la ley 2.^a, Cód., *quæ res pign. oblig.*: *Cum constet pignus consensu contrahi: non dubitamus eum qui emptiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse.*

Por tanto, y en el supuesto de que la cosa está empeñada, puede demandar el acreedor al deudor ó sus herederos que se la entreguen.

La finca está simbolizada en los títulos: la accion hipotecaria se dirige á pedir la nuda posesion conforme al argumento de la ley 66, Dig. de *Evict.*, por lo que el escrito que con tal objeto se estienda, concluirá, dice Gregorio Lopez, con la súplica de que se le entregue la posesion ó se le mantenga en ella: *Ad traditionem possessionis vel retinendum in causam pignoris* (Glosa 3.^a).

Si el que hubiese empeñado una cosa á otro antes de entregarle la posesion, diese, vendiese ó empeñase á un tercero la misma cosa apoderándole de ella, el primer acreedor la reclamará de su deudor: si cobra, nada tiene que reclamar del segundo; pero si así no fuera, podrá dirigirse contra el que la posee: cuya orden ó graduacion debe entenderse si vendió ó empeñó la cosa antes de haberle puesto pleito; pues si lo hubiera hecho despues de incoado el pleito, tendrá derecho á dirigirse contra el deudor ó el poseedor de la cosa, de los dos el que mas quisiere.

Es lógico que el acreedor se dirija contra el deudor antes que contra el poseedor de la cosa dada en prenda, pues esta obligacion como accesoria viene despues de la principal. Así lo estableció la auténtica *hoc si debitor*, Cód. de *pignor. et hyp.*: *Hoc si debitor possideat: alio vero possidente inhihetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo et intercessore.*

La ley trascrita se limitó á sancionar este derecho. Remitimos al lector á la glosa que señala varias escepciones á la regla: ninguna de ellas es grave, y su enumeracion ocuparia largo espacio.

De la misma manera es lógico que no moleste al tenedor de

la cosa si hizo efectivo el crédito del primer obligado sin necesidad de perseguir la hipoteca. Estinguido el crédito cesa el derecho establecido sobre la finca que le garantizaba; si tal no sucediera, habria sido en vano conceder esta especie de escusion: *Unde*, dice Gregorio Lopez, *si mulier velit agere hypothecaria contra tertios possessores, non potest nisi prius facta ista discussione in bonis mariti* (Glosa 7.^a),

Si el deudor resultare insolvente, entonces será y no antes, cuando pueda reclamar la cosa que le fué empeñada al que resultare ser poseedor de ella.

La eleccion que da al acreedor para dirigirse contra el deudor ó el poseedor de la finca cuando hubiese sido enajenada ó empeñada despues de movido pleito, tiene por objeto impedir su distraccion en fraude de los acreedores, por lo que el comentador, glosando su contesto, dice: *Intellige, nisi mota lite vendat, ut satisfiat creditoribus, et revera pretium solvatur: quia tunc liberaretur pignus.*

Suspendemos aquí el comentario; pues segun observacion oportuna de Febrero, esta ley, mas que del caso de rigorosa prenda que supone ya la entrega de la cosa, habla del de peño ó hipoteca especial, para el que establece en favor del tercer poseedor el mismo beneficio de orden ó escusion que compete al fiador (núm. 3618).

Ley 15.—¹*Cambiando su estado la cosa despues que fuere empeñada; como si fuese casa, é se derribase; ó si fuese tierra calva, é pusiese en ella majuelo, aquel cuya fuese, ó plantase y árboles; ó se mudase en otra manera alguna semejante destas, con todo eso, en salvo finca su derecho en aquella cosa al que la tenía en peños.* ²*E si aquel que fuese tenedor de tal cosa como esta sobredicha, non fuese el señor della, é teniéndola á buena fé, cuidando que era suya ficiera y alguna mejoría; entonce aquel á quien fué empeñada, non le podria desapoderar della, fasta que le diese las despenças que pareciesen manifestamente que avia fechas á pro de la cosa empeñada.* ³*Otrosi decimos que si aquel que tiene la cosa en peños, face alguna mejoría en ella; ó se acresce de otra guisa por aventura, como si fuese campo, ó viña,*

ó huerta que estoviese en ribera de algun río, ó en avenidas de aquel río se allegase, ó acreciese alguna tierra á ella; tal mejoría ó crecimiento que aviniesc en alguna destas maneras en la cosa empeñada, finca en salvo á aquel que la tiene á peños, en uno con lo al, sobre que fué fecho el empeñamiento principalmente. Pero débelo todo tornar á aquel que gelo empeñó, pagándole su debda, é las despensas, si las fizo sobre esta razon.

La prenda afecta de tal modo á la cosa que subsiste aunque disminuya y se pierda en parte, y se estiende á sus accediones. Si es casa y se derriba, ó tierra calva que se pueble de viña ó arbolado, en salvo finca su derecho sobre la cosa al que la tenia en prenda: *si fundus hypothecæ datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligabitur* (Ley 16, de *Pig. et hyp. Dig.*).

Si cambiara esencialmente de modo que la prenda no fuese ya la misma cosa, cesaria la razon de la ley, pues dice que la mudanza sea en manera alguna semejante á los casos puestos por ejemplo; en lo que se conforma con una declaracion análoga de la ley 18, § III, tit. VII, lib. XIII, *Dig.*: *Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem, ex ea materia factam, non esse pignoris Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait, quæque ex silva facta natave sint.*

Si el poseedor de la cosa no fuere dueño de ella y creyendo de buena fé que era suya hiciese alguna mejora, el acreedor á quien se hubiese dado en prenda no podria desapoderarle de ella sin abonarle antes los gastos conocidamente hechos en utilidad de la cosa. La ley 29 de las respuestas de Paulo decide el caso siguiente: dada una casa en prenda se quemó, Lucio Ticio compró el área y construyó, ¿qué es del derecho de prenda? El jurisconsulto opinó que subsistia: *et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est cum jure pignoris*; pero que los poseedores de buena fé no serian obligados á restituir á los acreedores el edificio, sino pagando estos los gastos de construccion en cuanto fué mejorada la cosa: *sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumptus in extruccione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, recipere* (*Dig. lit. de Pig. et hyp.*).

Si en vez de restituir la cosa prefriese el poseedor pagar