

Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario

TOMO II — VOLUMEN III (1)

DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR (Conclusión)

CAPITULO VIII

DEL MUTUO

1.—Varias especies de préstamo.

Se distinguen generalmente tres especies de préstamos:

- a) El préstamo de consumo o mutuo;
- b) El préstamo de uso o comodato; y el
- c) Préstamo precario.

Algunos autores incluyen también en el préstamo los censos consignativo y reservativo, la renta vitalicia y la anticresis (Stol-fi).

Nuestro Código Civil trata independientemente del mutuo (Título VII, de la Sección IV, del Libro V); del comodato (Título VIII, Sección IV, Libro V); de la renta vitalicia (Título XV, Sección IV, Libro V); de la anticresis (Título II, Sección IV, Libro IV) considera el “precario” como una variedad del comodato (art. 1594) e ignora los censos de que en extenso se ocupó el Código abrogado.

(1) El Tomo I y los Volúmenes I y II se han publicado en esta misma Editorial.

2.—Condiciones y contenido del mutuo.

Concepto legal.—El mutuo es el contrato mediante el cual una persona, el mutuante, entrega a otra, el mutuuario, cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso, con la obligación de que quién recibe el préstamo ha de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. (Art. 1573).

El concepto legal de este contrato se mantiene idéntico al que de él tenían los romanos: *mutui autem datio in iis rebus consistit quae pondere numero, mesurabae constant*; y solo ofrece variantes de forma respecto al que expresan la mayor parte de las legislaciones (código francés, 1892; italiano, 1819, español, 1524; argentino 2240, brasileiro 1253). (2).

El Código anterior definía el mutuo como un contrato real por el que una persona cede a otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de que se le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1800).

La ley empleaba la palabra fungible como sinónima de consumible, definiendo las cosas fungibles en el art. 458 como las cosas que se consumen con el uso.

Demolombe observó que la palabra fungible es un tanto bárbara y no pertenece al lenguaje de los jurisconsultos romanos: sirve, dice el renombrado autor francés, para expresar las cosas que pueden reemplazarse las unas por las otras, en que la una es equivalente de la otra. La fungibilidad de una cosa viene de la intención de las partes, cuando han convenido en devolverse otra de la misma especie y calidad.

Baudry Lacantinerie y Walh observan que es la intención de las partes la que hace la fungibilidad, de modo que una misma cosa puede ser, según las circunstancias, es decir, según la voluntad de las partes, fungible o no fungible. La fungibilidad reposa, por tanto, sobre una calidad accidental y relativa, según

(2) El derecho alemán da una definición más exacta, en que se destaca el carácter unilateral del contrato. El contrato de mutuo, (dice Planck) es un contrato por el cual una parte se obliga a devolver dinero u otras cosas fungibles recibidas para el consumo, o cualquier otro uso, y la otra parte se obliga a devolver lo recibido en la misma especie, calidad y cantidad; y Enneccerus lo define: "la transmisión de cosas fungibles o del valor de tales cosas al patrimonio del mutuuario con la estipulación de devolución de la misma cantidad de cosas de igual cantidad y calidad (art. 6076 CC.) El Código suizo (art. 312) define el mutuo como un contrato meramente obligatorio,—no real,—por el mutuo, dice, el mutuante se obliga a transferir al mutuuario la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles y éste a restituirle cosas de la misma especie en igual calidad y cantidad.

se considere la cosa desde el punto de vista de la restitución. Teniendo en cuenta esta opinión de los autores franceses, nuestro legislador ha creído preferible emplear, al definir el mutuo, la expresión “cosas que se consumen por el uso”, en sustitución de “cosas fungibles”. El Código argentino emplea disyuntivamente ambas expresiones, apoyándose en la autoridad de Marcadé.

El derecho alemán marca la distinción entre el préstamo de consumo (mutuo), y el préstamo de uso (comodato), señalando como características del primero la transmisión de cosas fungibles o del valor de tales cosas al patrimonio del mutuuario, y como característica del segundo la cesión gratuita de una cosa para su uso. Según nuestro Código las dos formas del préstamo están diferenciadas por idénticas notas características. La entrega que hace el mutuante al mutuuario tiene por fin transferir a éste el dominio de la cosa dada a mutuo. En cambio, la entrega que hace el comodante solo tiende a que el comodatario se sirva de la cosa prestada por cierto tiempo y para cierto fin. Mediante el mutuo se trasfiere la propiedad o dominio: el comodato solo otorga el uso. Ambos son contratos reales.

3.—Utilidad de este contrato.

La utilidad del préstamo, en cualquiera de sus variedades, es de toda evidencia en cuanto facilita al prestatario medios de que carece, a base, generalmente, de la confianza, que por su crédito personal o por el de un tercero, o por su crédito real, cuando el mutuo se asegura con prenda o hipoteca, inspira para la devolución de lo prestado. El aspecto más ventajoso del préstamo, respecto del prestatario dice relación al tiempo, pues gracias a este contrato obtiene cosas de que carecía en época determinada, cuando precisamente las necesitaba y que se supone ha de tener más tarde, para devolver otras iguales a las que consumió, facilitadas por el préstamo, si este fué mutuo, o devolviendo las recibidas, después de usadas, si el préstamo fué comodato. Aún en el préstamo mutuo, que es aquél en que se agrega el pacto de intereses, la utilidad es evidente, porque a cambio del desembolso o sacrificio económico que éste representa, consigue el prestatario obtener y aplicar a sus necesidades cosas de que carecía para su satisfacción (Sánchez Román).

4.—Objeto del mutuo.

Pueden darse a mutuo todas las cosas que son de tal naturaleza que pueden devolverse iguales, en la misma especie, cantidad

y calidad. Así a más del dinero, trigo, vino y otros comestibles, puede prestarse el oro o plata en masa, el cobre, hierro y otros metales, la seda, lana, pieles, arena, cal, yeso, y toda otra materia de la que pueda devolverse otro tanto sin diferenciarse ni en calidad, ni en cantidad; de modo que lo que se devuelve quede enteramente repuesto en lugar de lo que se ha recibido. Por el contrario no pueden darse a título del mutuo animales, ni otras cosas, que aún siendo de la misma especie, se diversifican individualmente en calidad, y son de tal especie, que nadie podrá contra la voluntad del acreedor devolver una por otra (D. L. I. Domat). (Idem Stolfi No. 1034).

5.—Caracteres del contrato.

El mutuo es un contrato traslativo del dominio, puede celebrarse a título gratuito o a título oneroso. Se considera como contrato principal y real y, generalmente, es calificado como unilateral.

Que el mutuo es un contrato principal significa que tiene una finalidad práctica propia y subsiste sin necesidad de ningún pacto preparatorio anterior ni de otro pacto al que sirva de accesorio.

Se dice que es contrato real, porque para que surja el vínculo contractual que lo caracteriza y a merced del que el prestatario queda obligado a devolver la cosa que recibió del mutuante, no basta el simple consentimiento, sino que se requiere como condición *sine qua non* la entrega de la cosa.

La unilateralidad de este contrato puede afirmarse tanto en el mutuo simple, o sea el que no impone al mutuuario el pago de intereses, como del mutuo oneroso, que solo incrementa la prestación a que queda sujeto el deudor. (1).

6.—Promesa del mutuo.

El contrato de mutuo puede estar precedido de una promesa de dar a mutuo (*pactum de mutuo dando*). El Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y los Contratos, legisla especialmente este contrato preliminar del que no se ocupa nuestro código

(1) Cosak enseña que el mutuo crea una relación de obligación bilateral, tanto a cargo del mutuante como a cargo del mutuuario. El mutuo oneroso, dice, debe considerarse como legítimo contrato recíproco, aunque la opinión dominante no quiera reconocerlo. Esta opinión, en concepto de Planck, no corresponde ni al texto de la ley, ni a la naturaleza del negocio. Cuando el mutuuario no haya recibido lo que debiera haberle entregado, por ejemplo, si los cheques dados como préstamo fudren falsos,—no se habría producido una obligación de mutuo.

(art. 636). Al definir el mutuo, dice la Exposición de Motivos, se hace mención tanto del mutuo real, perfeccionado según las reglas del derecho romano por la transmisión en propiedad de dinero, como del mutuo simplemente obligatorio, que en el sentido romano no constituiría sino un pacto de mutuo contraendo. Esta última forma se ha hecho muy frecuente en las prácticas actuales, particularmente en los préstamos hipotecarios, en los que no se entrega el dinero sino después de la inscripción de la hipoteca. La entrega hace nacer la relación contractual, por efecto de la cual uno de los contratantes, el mutuante, queda obligado a dar la cosa prometida, si el otro, el mutuuario, se obliga a restituirla bajo condición de que se le haya entregado. Esta forma del préstamo de consumo no podía ser puesta de lado, dada su importancia práctica, por ejemplo, en los casos de apertura de un crédito en cuenta corriente, justamente a causa de su frecuente uso era menester reglamentar el caso, como se hecho en el art. 637.

El derecho alemán reconoce la promesa de mutuo como un contrato ya unilateral o ya bilateral (art. 610). En el primer caso solo se promete dar a mutuo, en el segundo además la otra parte promete aceptar. (1). Dentro del principio de la libre contratación, que no está ciertamente repudiado por nuestro sistema jurídico, podría sostenerse que entre nosotros pueden también celebrarse promesas de mutuo, las que, a falta de reglamentación legal, habrían de regularse por la finalidad y contenido del convenio.

Para este caso conviene reproducir las reglas que al respecto establece el derecho germano:

1.º El crédito al pago del mutuo no puede ser cedido y de consiguiente tampoco puede ser embargado; su contenido es motivado esencialmente por la persona del deudor y sobre todo por su solvencia. Sin embargo, la cesión es válida si el pago de la cantidad del mutuo al cesionario ha de considerarse como pago al cedente.

2.º Contra el crédito derivado de la promesa de mutuo no puede compensarse. Por el contrario, puede emplear para la compensación el crédito dirigido a la entrega de la cantidad del mu-

(1) El código suizo, art. 315,—establece que el derecho del prestatario de exigir la cosa prometida y el del prestador de exigir su aceptación, prescribe a los seis meses a partir del día en que la otra parte es constituida en mora.

tuo, declarando darse por recibido en compensación el valor de la misma.

3.º En la duda, según la presumible intención de las partes, la promesa de mutuo puede ser revocada, cuando en las circunstancias patrimoniales de la otra parte se produce un detrimento esencial que haría peligrar la pretensión de devolución. La prueba en ambos aspectos incumbe al que revoca (Art. 610 del Código alemán; art. 641 Proyecto francés italiano; art. 134 Código peruano).

Reconociendo la posibilidad y eficacia de la promesa del mutuo se arguye implícitamente contra el carácter real atribuido a este contrato, por una supervivencia del formalismo romano. En efecto, no tendría explicación el vínculo que la ley establece entre la formación del contrato y la entrega de la cosa. Si en realidad el prestatario no puede obtener ninguna utilidad verdadera de la cosa antes de que se le entregue, otro tanto puede argüirse respecto al adquirente y al locatario, y no obstante la venta y la locación son contratos consensuales. De otro lado, desde el momento en que el que promete hacer un préstamo queda jurídicamente obligado a realizarlo, su situación no es diferente de la situación del vendedor y del locador antes de la entrega de la cosa vendida o locada, y la formación del contrato está subordinada solo a la voluntad de las partes. De aquí que una gran parte de los autores admiten que el mutuo se ha convertido en un contrato consensual.

De esta consideración debiera seguirse que, como en todo otro contrato, el objeto prometido, si es determinado, queda de riesgo del prestatario desde el día en que la promesa ha sido formulada. Sin embargo es doctrina generalmente admitida que el mutuante corre los riesgos de la cosa. Según el Art. 1557, la mejora, deterioro o destrucción que sobreviene a la cosa objeto del mutuo (riesgo) son de cargo del prestatario solo desde la entrega de la cosa.

Para algunos el préstamo de consumo deja de ser un contrato real, y la promesa de préstamo se confunde con el préstamo mismo cuando se refiere a una cosa determinada. Si yo prometo, por ejemplo, prestar la barrica de vino que tengo en mi bodega, con cargo de que se me restituya una igual dentro de un año, me obligo en verdad a transferir a título de préstamo la propiedad de la barrica de vino, y, como en la promesa de transferir la propiedad opera de pleno derecho la traslación del dominio, el prestata-

rio queda inmediatamente convertido en propietario, y, por consiguiente, los riesgos de la cosa son de su cuenta. El préstamo se hace en esta hipótesis particular un contrato consensual. Wahl sostiene, sin embargo, que el préstamo es siempre un contrato real, y que, por consecuencia, en el caso propuesto, el prestatario no se convertirá en propietario y no asumirá los riesgos sino a partir de la tradición.

7.—De la entrega de la cosa.

La cosa objeto del mutuo se considera entregada por el mutuante cuando ha ingresado al patrimonio del mutuuario.

La entrega o tradición de la cosa objeto del mutuo, causa de la obligación de devolver que el contrato impone al mutuuario, se hace generalmente en forma directa, de mano a mano, pero puede ser el resultado del simple consentimiento de las partes si el prestatario, tiene ya por otra causa la posesión; por ejemplo, si entre el depositante y el depositario se declara que éste último se constituye deudor y se obliga a la devolución correspondiente de la suma que tenía en depósito.

Igualmente se dá por constituido un mutuo si se entrega al mutuuario una cosa para que la venda y tome el producto de esta operación como mutuo. Se trata en este caso de un negocio jurídico doble: una autorización de venta y de mutuo condicionado por la ejecución de la venta. El riesgo de la cosa que el mutuuario debe vender, no corre de su cuenta, salvo que por pacto expreso hubiera aceptado tal responsabilidad, que no va implícita en la *autorización* ni en la orden de vender (Planck) (1).

Si el mutuante ordena a un tercero, por ejemplo, a un banco, que abone a la cuenta corriente del mutuuario, la suma que ha convenido prestarle, se considera constituido el mutuo (entrega de la cosa) en el momento en que el tercero avisa al mutuuario que ha hecho el abono a su cuenta de la suma objeto del préstamo.

(1) Si alguno recibe de otro de quien quiere tomar prestado, alhajas de oro o plata para que las venda y guarde el dinero a título de mutuo, no quedará obligado en fuerza de dicho contrato, sino en virtud de la venta que habrá hecho. Pero si la cosa perece en sus manos antes de la venta, aunque por un caso fortuito, sufrirá la pérdida, pues que le había sido dada para su provecho e interés: más si el dueño de las alhajas deseando venderlas las diese a otro para que lo verificase, añadiéndole la libertad de guardar el precio a título de mutuo, en este caso convendría la pérdida a cargo del dueño, pues que las había dado por un interés propio (Domat).

8.—El elemento personal.

Para celebrar el contrato de mutuo se requiere que tengan capacidad para disponer libremente de sus bienes tanto el mutuante como el mutuuario. (Art. 1574).

El préstamo de consumo es un acto de disposición, o mejor de enajenación, que hace al prestatario dueño de la cosa prestada desde que la recibe, a diferencia del préstamo de uso o comodato que se estima como acto de mera administración. De aquí la exigencia de la ley de que tanto el mutuante como el mutuuario tengan capacidad de disponer. Para la validez del mutuo como acto jurídico se requiere, pues, agente capaz (Art. 1075).

El mutuo que se celebrara con menores de 16 años o con personas que adolecen de enfermedad mental que las priva de discernimiento, o con sordomudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable, sería un contrato absolutamente nulo (art. 1123). En cambio, solo sería anulable el mutuo en el que interviniera un menor entre los 16 y 21 años, o individuos sujetos a curatela por prodigalidad, mala gestión o ebriedad habitual.

La nulidad o anulabilidad solo puede ser invocada por el incapaz. El que con él contratase carece de esta acción y tampoco podría demandar el pago de lo que hubiere dado a mutuo a una persona incapacitada para celebrar este contrato, salvo cuando el préstamo se hubiere hecho para que el incapaz atiende a su alimentación.

Lo establece así con toda claridad el art. 1575: "No hay acción civil para demandar el pago de lo que se da en mutuo a persona incapaz de celebrar el contrato. Cesa esta prohibición cuando el incapaz celebró el mutuo para atender a su alimentación.

El dispositivo legal no tiene taxativa y, por lo mismo, comprende la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa, y se trate de una u otra, procede la acción de pago si el mutuo se hizo para atender a la alimentación del incapaz.

En el derecho romano, el senado consulto macedoniano prohibía a los hijos de familia sometidos al poder paternal, celebrar contratos de préstamo de dinero. Esta institución que ha desaparecido del derecho francés y de otros códigos, se mantiene en algunas legislaciones como el Código del Brasil que la consagra en su art. 1259. La originalidad de nuestra legislación está en que niega la acción civil para demandar el pago de lo que se ha

dado a mutuo no solo al que ha celebrado el contrato con un menor, sino con cualquiera persona incapaz de celebrar este contrato, y particularmente, en que se exceptúa de la prohibición el caso en que el incapaz hizo el mutuo para atender a su alimentación.

Tanto el precepto, o mejor dicho la sanción contenida en la primera parte del art. 1575, como la excepción que establece la segunda parte del mismo, tienen plena justificación.

El objeto de la primera es impedir que los jóvenes inexpertos, así como los demás incapaces, puedan ser impelidos por su inexperiencia o por sus vicios, a celebrar contratos usurarios. Es, pues, un motivo ético el que justifica el rigor de la sanción, así como es un caso de aplicación particular de la regla de equidad que prohíbe el enriquecimiento injusto, lo que dá fundamento a la excepción.

En el derecho internacional toda prohibición de prestar y de recibir al mutuo a cierta clase de personas, se aplica a los que son ciudadanos del país donde rige la prohibición, pero no si contrata en un país extranjero.

La aplicación del artículo en examen depende, pues, de la ley que rija la capacidad, vale decir, de la ley nacional del incapaz que ha contratado.

9.—Formalidades del mutuo celebrado por representantes de menores o incapaces.

Los representantes de menores e incapaces y los administradores no pueden dar ni recibir a mutuo en representación de las personas y establecimientos cuyos bienes administran, sino observando las formalidades que para transigir se les prescribe en el título respectivo (1).

Representan a los menores, vale decir a los que no han cum-

(1) EL MUTUO es un motivo de desmoralización para los hijos de familia, y por lo mismo uno de los ruines efectos que deben achacarse a la usura. La mucha facilidad que encontraban en recibir dinero de manos de los usureros, fué la causa de que la corrupción de los hijos de familia llegase en Roma a tal extremo, y produjese tan fatales resultados, que a fin de poner coto a tantos males, se estableciese el Senado Consulto Macedoniano, cuyo nombre tomó del usurero que dió margen a él. Por este Senado Consulto todas las obligaciones de los hijos de familia provenientes de mutuo fueron declaradas nulas indistintamente.

Pero como en general el mutuo dado a los hijos de familia no sea ilícito de sí mismo, y no pase a ser injusto sino atendidas las circunstancias del mal uso que ellos pueden hacer, y como la prohibición general hecha al hijo de familia no sea del derecho natural sino del derecho romano positivo, igualmente que del nuestro; de aquí han venido las interpretaciones que en un principio se dieron

plido la edad de 21 años, o que siendo mayores de 18, no han sido emancipados, los padres que ejercen sobre ellos el derecho de patria potestad; en defecto de los padres, el tutor (arts. 390 y 413). Los otros incapaces, con in capacidad absoluta (Incs. 2, 3 y 4 del art. 9) o relativa (art. 10) tienen como representantes a sus curadores (art. 554 y 555).

Los padres en ejercicio de la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos y necesitan autorización judicial, entre otros actos, para dar o tomar dinero a préstamo (arts. 413 y 522, inc. 4.º).

El tutor necesita igualmente de autorización judicial para dar y tomar dinero a préstamo. Así lo preceptúa explícitamente el citado inc. 4.º del art. 522. A la misma restricción están sujetos los curadores de los débiles mentales, de los que adolezcan de enfermedad mental que los prive habitualmente de discernimiento, y los sordo-mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, los pródigos, los ebrios habituales, los que incurren en mala gestión y los que sufren pena de interdicción civil (art. 555 y 558).

El art. 1312 señala las formalidades que los representantes de menores e incapaces deben satisfacer para transigir, a saber: audiencia al Consejo de Familia, cuando lo haya, dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal. Son estas formalidades las que por disposición del artículo en estudio se requieren para que dichos representantes puedan dar o recibir a mutuo en representación de las personas y establecimientos cuyos bienes administran.

10.—Efecto principal del mutuo.

El que recibe algo a mutuo es dueño de la cosa prestada desde que se le entrega; y le corresponde la mejora, o deterioro o destrucción que sobrevenga después (art. 1577). (1).

El mutuo trasfiere el dominio de la cosa prestada al mutuuario, y por esto, una vez efectuada la tradición o entrega, los riesgos de la cosa pasan al que la recibe. *Res perit domino*.

a aquel Senado Consulto y que luego han pasado a ser excepciones confirmadas por las leyes expresas.

Es necesario advertir que en esta materia el Senado Consulto no solo ha mirado a los hijos de familia menores de edad, pues esta causa bastaría ya para invalidar su obligación, sino que se extiende a los mayores que están bajo la patria potestad por no haber sido emancipados. (Vidaurre.)

(1) En el mutuo se enajena la cosa prestada, y aquel que la recibe pasa a ser dueño, pues de otro modo no tendría derecho de consumirla. (Domat).

Los riesgos anteriores a la entrega son de cuenta del propietario, de modo que en caso de una promesa de mutuo, aunque haya recaído sobre un cuerpo cierto, los riesgos o sea la mejora, deterioro o destrucción, afectan al promitente hasta que cumplida la promesa se haya verificado la entrega de la cosa. Cosak opina que el riesgo pasa al deudor cuando el mutuante le envía la cosa, si el envío se hubiera hecho a solicitud del mutuuario, como ocurre en la compra-venta.

El prestatario, dice Huc, comentando el art. 1892 del Código de Napoleón, no queda convertido en propietario sino a partir de la entrega que se hubiera hecho a él mismo o a su representante, es lo que resulta de la definición del préstamo contenido en el art. 1892 del Código francés, y lo que textualmente dice nuestro art. 1577. El mismo principio rige si el préstamo tiene por objeto cosas determinadas individualmente, por ejemplo, un comerciante promete prestar un quintal de café de Chanchamayo que tiene depositado en sus almacenes, y que lleva la marca que acredita su procedencia. Se sostiene que en éste y en casos semejantes, debería aplicarse el principio según el que la propiedad se trasfiere por solo el consentimiento; y que, en consecuencia, el prestatario quedaría hecho propietario y debería soportar los riesgos antes de la tradición o entrega de la cosa. Se considera aquí que el mutuante ha efectuado la tradición (*brevi manu*) al prestatario y que, es por su cuenta que retiene y guarda la cosa.

En opinión de Huc, hay que investigar cuál ha sido la verdadera intención de las partes. Desde luego si se trata de una promesa obligatoria recíproca relativa a una cosa determinada en su individualidad, considerada como fungible y actualmente disponible, y si las circunstancias demuestran que las partes no han querido atribuir ninguna importancia particular a las expresiones de que se han servido, existiría un verdadero mutuo ordinario y actual, y habría que aplicar las reglas relativas al riesgo en caso de una promesa de venta. Si al contrario, se prueba que las partes han querido hablar de un préstamo de realización futura, sería imposible admitir que esta simple promesa pueda transmitir de inmediato la propiedad: el mutuante no se ha obligado sino a entregar la cosa y a ponerla bajo el dominio del prestatario en el momento que éste la reciba. Pero si se considera que las dos partes quedan vinculadas la una hacia la otra y que cada cual tiene acción para exigir el cumplimiento forzoso ha-

cia la otra, parece absolutamente imposible comprender la utilidad práctica de semejante convención. En la hipótesis de que la realización del préstamo es inmediatamente posible ¿qué interés pueden tener las partes en reemplazar el mutuo actual por la promesa recíproca de un préstamo futuro? ¿qué interés, sobre todo, puede tener el mutuante en guardar la cosa de su cuenta y riesgo hasta el día en que debe entregarla, si está impedido de disponer de ella hasta ese momento? Por los mismos motivos encontramos difícil comprender una promesa unilateral de prestar un cuerpo cierto considerado como fungible.

No se puede razonar seriamente sino respecto de promesas obligatorias de prestar, en caso de necesidad, sumas de dinero, gratuitamente, y hasta un valor determinado. Respecto al préstamo a interés, la cosa es distinta y cabe distinguir entre el préstamo condicional y la apertura de un crédito.

De este principio Wahl deduce que el préstamo de una cosa ajena es nulo porque el mutuante no puede transferir la propiedad de lo que no le pertenece. Esta era ya la solución del derecho romano, que propugnó Pothier. En consecuencia, el propietario de la cosa dada a préstamo indebidamente por otro, podrá reivindicarla de poder del prestatario, salvo naturalmente, si éste hubiera obrado de buena fé.

El mismo autor considera como igualmente exacto que el prestatario puede invocar la nulidad frente al mutuante, ya que el efecto ordinario de la nulidad de un contrato es que cualquiera de los interesados puede invocarla.

En este caso se aplican las reglas de la evicción y el saneamiento que proceden en todos los contratos onerosos en que se trasfiere la propiedad, la posesión o el uso de las cosas (art. 1370). Y es esta la razón por la que se han suprimido los artículos 1807 y 1808 del Código anterior que establecían la responsabilidad del mutuante por los daños que resultasen al mutuuario a causa de vicios ocultos de la cosa entregada a mutuo. Este aspecto del contrato se resuelve por los principios generales. Solo puede dar a mutuo el propietario de la cosa, en razón de que mediante el contrato se trasfiere la propiedad al mutuuario: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*; por la misma razón el mutuante debe tener la capacidad de disponer, según las reglas generales.

En consecuencia, no será válido el mutuo de la cosa ajena y mucho menos el de la que ya pertenezca al mutuuario.

Como tratándose de muebles basta la posesión y buena fé para obtener la propiedad, el mutuuario que hubiera recibido a mutuo y de buena fé una cosa que no es del mutuante, adquiere el dominio de ella y el contrato se considera válidamente constituido quedando el mutuante obligado al resarcimiento correspondiente hacia el propietario efectivo de la cosa (Art. 935 inc. 2, Código alemán).

En el caso contrario, esto es si el tercero o el mutuuario pudiesen ser desposeídos mediante la acción reivindicatoria, el contrato sería ineficaz.

La obligación que tendría el mutuante de responder por los vicios redhibitorios de que adoleciera la cosa dada a mutuo, cuando no hubiesen prevenido de ellas al mutuuario, constituye una obligación eventual y extracontractual derivada de la culpa y no del contrato mismo (art. 2281 Código argentino, 640 Proy. fra. ital.).

11.—Obligaciones del mutuuario.

La principal obligación del mutuuario es la de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, del dinero o cosas fungibles que le entregó el mutuante.

La devolución debe hacerse en el término señalado en el contrato. Se trata de un pago y son por lo mismo aplicables las reglas generales de este modo de extinguir las obligaciones que se han estudiado anteriormente, salvo en lo que esté regulado de manera especial en este título, respecto al término y al lugar en que debe hacerse la devolución. El art. 1578 dice: "Cuando no se fijó término para el pago se entiende que es de treinta días".

Según el art. 1112 el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase puesto a favor del acreedor o de ambos. La aplicación de este precepto al contrato del mutuo es sencilla: si el contrato es gratuito, esta circunstancia revela indudablemente que el plazo es en beneficio exclusivo del deudor. Si, por el contrario, devenga intereses, ha de entenderse que está puesta en beneficio de ambos. Así, pues, en el primer supuesto, el deudor puede anticipar la restitución, pero sin deducción de *interusurium*, por no estar en el supuesto del art. 1113 (ignorancia del plazo). En el segundo caso, el deudor no puede contra la voluntad del acreedor anticipar el pago. Sin embargo, si por comprometerse el deudor a reembolsar al acreedor los intereses relati-

voc al tiempo del vencimiento pactado o de cualquier otra manera ofreciese resarcirle el quebranto que para él pueda suponer el pago anticipado, es evidente que el acreedor no podría negarse a recibir el pago sin incurrir en mora accipienti.

No hay inconveniente para admitir el pacto en virtud del cual el plazo del préstamo se considerara vencido por falta de puntualidad en el pago de los intereses. Pero no puede establecerse ninguna presunción en este sentido, ni tampoco cabe aplicar la resolución por incumplimiento, que se refiere a las obligaciones recíprocas (art. 638 Proy. Franco Italiano).

12.—Lugar del pago.

Si no puede el mutuuario pagar en la misma cantidad y calidad, satisfará el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago.

No estando designado el lugar, se entiende que es el del contrato (art. 1579).

El artículo acabado de citar prevé, en su primera parte, el caso en que el mutuuario no pueda pagar en la misma cantidad y calidad, disponiendo que en esta eventualidad satisfará el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago. La imposibilidad de que el mutuuario haga la prestación a que quedó sometido en la forma que corresponde a la naturaleza del mutuo, transforma la obligación específica que éste pone a su cargo, en la obligación genérica de dar el valor que la cosa que debía devolver tuviere en el tiempo y lugar señalados para el pago, lo que, en buena cuenta, significa, que el incumplimiento del contrato en la forma específica se resuelve en la indemnización correspondiente. Es, pues entendido que la imposibilidad en que estuviere el mutuuario para pagar en la misma cantidad y calidad la cosa que recibió no ha de ser culpable. (art. 1318), pues si lo fuere quedaría sujeto además a la indemnización de daños y perjuicios. (art. 1319). (Art. 439 Pro. Fran. Ita. 219 Chileno).

Parece obvio que la imposibilidad a mérito de la cual la obligación de pagar la misma cantidad y calidad se resuelve en la de satisfacer el valor de la cosa, no puede ser meramente subjetiva, sino que ha de basarse en circunstancias objetivas, como la de que no existan en el tiempo y lugar en que debe efectuarse el pago y en la cantidad y con la calidad adecuada las cosas recibidas que el mutuario debe restituir. No podrá considerarse como imposibilidad el mayor precio que tuvieran las cosas lo que impon-

dría al mutuuario un sacrificio económico tal vez ruinoso, desde que la ley le impone el deber de pagar, si no lo hace en forma específica, entregando el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar del pago. La diferencia del valor económico de la prestación que originó el contrato y la que el mutuuario debe hacer para cumplir lo convenido, no puede motivar en este caso la modificación del contenido del contrato al amparo de la teoría del riesgo o como aplicación a la cláusula *rebus sic stantibus*. En el derecho romano, la obligación de pagar el valor de la cosa, no estaba subordinada a la imposibilidad del deudor de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, sino como una alternativa que funcionaba siempre que el que tomó a mutuo una especie que no sea dinero no la devolviera al vencimiento del plazo o no la entregase tal cual la debe (Domat citando el D. 1.8 Conf. 2388. Código mexicano. 640 Pro. fran. Ita.).

El artículo en examen significa de otra parte que la obligación que contrae el mutuuario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad de las cosas que recibió del mutuante no es del todo esencial para la constitución del mutuo y que, en consecuencia, no se opone a la naturaleza de este contrato que se otorgara al deudor el derecho de liberarse mediante una prestación distinta.

La alternativa, ya sea contractual o ya sea legal en el caso previsto por el art. 1579, viene, en buena cuenta, a significar, que el mutuo se insume o se transforma en un contrato de compraventa en los casos contemplados en los arts. 1579 y 1580, vale decir, que si el mutuuario se encontrare en la imposibilidad de pagar la misma cantidad y calidad de las cosas que recibió, se libera pagando el valor que las cosas tuvieran en el tiempo y lugar señalados para el pago, y que si las cosas son apreciadas al tiempo de constituirse el mutuo, debe satisfacer el valor que se les dió, aunque valgan mas o menos al tiempo del pago, lo que equivale a considerar, como lo hiciera ya el derecho romano, el mutuo como una venta.

El mutuante desempeña el rol de vendedor y el mutuuario el de comprador. En el caso del art. 1579 el precio se considera referido al valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago; y en el del 1580 al que se dió a las cosas al tiempo de constituirse el mutuo. Consideradas las cosas bajo este punto de vista, se pone de relevo el fundamento de las dos soluciones que ha acogido nuestro legislador en los artículos que

dejamos acotados. El derecho alemán admite que para constituir el mutuo basta la transmisión del valor del objeto del mutuo al patrimonio del mutuante. En vez del dinero se transmiten mercaderías u otros objetos tasados a un determinado valor; por ejemplo, el mutuuario toma una letra de cambio o se le cede un crédito en lugar de dinero al contado. El mutuo surge entonces inmediatamente con la transmisión de la cosa o del derecho. Ahora bien, no puede suponerse sin mas que la cesión de un crédito pecuniario o la transmisión de una letra de cambio se hayan hecho en este sentido, o sea, que reemplacen al dinero al contado, sino que, en la duda, han de interpretarse mas bien como transmisiones a fines de cobranza, de modo que el mutuo solo nace al cobrarse la cantidad.

13.—Obligaciones del mutuante.

Trasmitiendo el mutuo la propiedad de la cosa que se entrega al mutuuario se deduce que solo puede dar a mutuo a quien es propietario de las cosas que entrega a este título. Debe, además, ser capaz de disponer según las reglas generales.

En consecuencia, no será válido el mutuo de una cosa ajena, y menos el que tiene por objeto una cosa perteneciente ya al mutuuario.

Sin embargo, como tratándose de muebles la posesión de buena fé vale como un título si el mutuuario recibe de buena fé una cosa fungible que no pertenece al mutuante, adquiere la propiedad y el contrato queda válidamente constituido, salvo, naturalmente el derecho del verdadero dueño de la cosa, de exigir del mutuante el resarcimiento o indemnización correspondiente. Pero el contrato, no será valedero en el caso en que el tercero o el mutuuario puedan ser despojados mediante la acción reivindicatoria.

La responsabilidad por saneamiento, es una obligación eventual y extracontractual, que se funda en la culpa y no en el contrato del mutuo.

Es por esto que aunque en algunos códigos se consignan, bajo epígrafe especial las llamadas obligaciones del mutuante, no se altera el carácter unilateral del contrato.

14.—Mutuo en dinero.

El mutuo según su definición puede consistir en la entrega de una cierta cantidad de dinero, con la obligación del que la recibe, de devolver otro tanto en la misma especie y calidad. El artículo 1581 establece que el pago de las deudas en dinero, va-

le decir, la devolución de la suma que se recibió a mutuo, debe hacerse en la especie pactada o en su defecto, en la moneda que tenga curso legal.

Este dispositivo confirma la afirmación que hemos hecho anteriormente de que no se opone a la naturaleza de este contrato que el deudor tenga el derecho de liberarse mediante una prestación distinta, ya que, como dice la ley, el pago puede hacerse en la especie pactada, o en la moneda que tenga curso legal.

El artículo que analizamos corresponde a dos hipótesis:

1.º—La de un mutuo en que se han entregado monedas desaparecidas de la circulación con posterioridad a la fecha del contrato. Ejemplo: un préstamo hecho en libras peruanas, en tiempo en que esta moneda estuvo en circulación.

2.º—En monedas extranjeras, que no son de curso legal, por ejemplo, si se hace un préstamo en dólares u otra moneda extranjera.

El pago podría hacerse entregando la misma cantidad de libras peruanas oro que se recibió o devolviendo la misma cantidad de dólares que entregó el mutuante. El pago en esta forma específica, solo podría producirse por acto espontáneo del deudor.

Si se trata del pago mediante la ejecución forzosa, la deuda tiene, necesariamente, que convertirse a la moneda de curso legal en el día de la ejecución (art. 608 C. de P. C.).

La conversión de una moneda nacional que ha salido de la circulación, siendo sustituida en ésta por otra divisa, tiene que hacerse forzosamente a base de la equivalencia que haya establecido la ley monetaria entre la antigua y la nueva moneda. En nuestro caso y para el ejemplo propuesto, a razón de diez soles por cada libra de oro. La conversión de cualquier moneda extranjera a la moneda nacional en que debe hacerse el pago, se hace a base del cambio o equivalencia entre ambas monedas, según las cotizaciones bursátiles en el día de la operación.

Por lo demás, al tratar de las obligaciones de dar sumas de dinero nos hemos ocupado extensamente de este asunto.

15.—El Falso mutuo.

Bajo esta denominación se designa el préstamo de una cantidad de dinero en mercaderías. El art. 1582 prohíbe esta clase de préstamos fulminando con la nulidad la obligación que así se contrae: "No se puede prestar una cantidad de dinero en merca-

derías; y es nula la obligación que se contraiga en este falso mutuo”.

El sentido del artículo transcrito lo explica Domat con toda claridad. Si alguno da trigo o algunas cosas semejantes para que se le devuelve dinero, celebra un falso mutuo que cae bajo la sanción establecida en el artículo que estudiamos. (Domat, *Leyes Civiles*, edición española, pág. 240).

La disposición que está tomada del Código de 1852 (art. 1818) tiene como precedente directo la Ley III, Título VIII, Libro X de la Novísima Recopilación: “Prohibo absolutamente, decía Carlos III, en Cédula del 16 de setiembre de 1872, que ninguna persona comerciante o de otra clase pueda dar ni dé a préstamos cantidad alguna de mercaderías de cualquier clase que sean, ni los escribanos otorgar escritura sobre tales contratos, pena de suspensión de oficio por dos años y de perdimiento de la cantidad así dada, para el fisco, juez y denunciante”.

El falso mutuo no figura en ninguna legislación moderna. Creemos no obstante que la práctica de prestar dinero en mercaderías, subsiste aún en algunas regiones del país, como una de las formas de la usura encubierta, y es por esto que los autores del Código reciente han juzgado conveniente mantener la disposición del Código de 1852 que sanciona con nulidad absoluta al falso mutuo.

En el Proyecto Vidaurre de 1835 se consignaba este artículo: “Si el préstamo se hizo en mercaderías en todo o en parte, el contrato se arreglará por las de compra y venta; se tendrá la escritura por simulada y sin fuerza ejecutiva”. No es esta una invención, decía Vidaurre, al fundamentar el dispositivo transcrito, no hago sino recordar el contenido de una Ley española. Habiendo llegado a mi noticia, dice la Ley 24, Título I, Libro X de la Novísima, haberse hecho común en los mercaderes un género de negocios muy perjudiciales a mis vasallos, de forma que, aprovechándose de la necesidad de los que los buscan, para que les presten, les dan alguna porción en dinero y el resto en géneros averiados, o que no se estilan, a precios muy subidos, haciéndoles otorgar escrituras en que solo suena un mutuo, pero que a la verdad incluyen en los capitales que abultan unas usuras muy crecidas; a que se agrega que viéndose en precisión, estos deudores de vender los géneros que han tomado, apenas pueden salir de ellos, dándolos por una mitad o tercia parte de los que les han costado, y a veces los mismos mercaderes que se los dieron los

vuelven a tomar con esta rebaja por sí, o valiéndose de un tercero, a que la simulación y cautela con que se procede en semejantes contratos por parte de los mercaderes, impide las más veces la prueba de ellos y que se tomen por los tribunales las providencias que correspondan al castigo y escarmiento de estos delitos: deseando proveer algún remedio eficaz para cortar de raíz este abuso que ocasione perjudiciales consecuencias, he venido en mandar que subsiste en vigor y rigurosa observancia la Ley XII, Título XII de este libro, que previene que en los contratos en que las partes se obligen por razón de mercaderías, se ponga y declare la mercancía que se vende por menudo y extenso, de manera que se entienda que es lo que se vende y el precio que se dé por ellos”.

“Sin embargo de ley tan expresa, agregaba Vidaurre, estos contratos han sido y son muy comunes entre nosotros, arruinándose por ellos no solo los pródigos y dilapidadores de la fortuna que heredaron de sus padres, si también familias virtuosas, honradas, que por desgracias y casos fortuitos, tuvieron que tocar en las casas de estos infames numularios, que engordan con la sangre, que no chupan, sino beben a grandes tragos, de los infelices que entran en contrato con ellos. Este tráfico pernicioso, público, en el gobierno español, se practica hasta hoy con escándalo y es aumentado con la escasez de numerario a que estamos reducidos”.

La acerba crítica de Vidaurre podría repetirse aún en estos días, y es por ésto plausible que se haya mantenido el dispositivo legal a que hacemos referencia.

16.—Intereses.

En el mutuo no se debe intereses, sino en el caso de estar pactados. Sin embargo, el mutuuario que espontáneamente ha pagado intereses no puede repetirlos, ni imputarlos al capital (art. 1583).

En el orden jurídico, esta modalidad cambia esencialmente la naturaleza del contrato, porque lo convierte de benéfico y gratuito, en oneroso.

No faltan autores que fundados en este carácter, sostienen la bilataridad del préstamo a intereses; pero este es en concepto de Manresa, que hacemos nuestro, un error, que fácilmente se desvanece al considerar desde el punto de vista del derecho positivo que para la existencia de la bilateralidad, precisa las obliga-

ciones recíprocas en las partes y no contrayendo el prestatario ningún deber por la nueva estipulación del interés, clarísima resulta la falta de fundamento de tal teoría.

El mutuo puede celebrarse como contrato gratuito u oneroso. El interés no es un elemento esencial ni natural del contrato de mutuo. Sustancialmente se le considera como un contrato gratuito y es por esto que, no se deben intereses sino en el caso de haberlos pactado expresamente. (Manresa 613).

El pago de intereses representa la compensación que deba recibir el mutuante por la privación de los valores prestados, hasta su devolución: es como el alquiler que se paga por la cesión temporal de una cosa individual (Stolfi 1055).

La recompensa en el mutuo puede consistir en prestaciones de cualquier índole, en un pago único o en pagos sucesivos.

Cuando una compensación sucesiva está determinada como una cuota del capital prestado con respecto a los períodos del pago, toma el nombre especial de interés.

El mutuo gratuito es el tipo de esta clase de negocios; pero el mutuo oneroso es el que más frecuentemente se practica por lo que puede llamársele, con Crome, el paradigma de los negocios de crédito.

Los intereses son los frutos del capital dado a mutuo: representan la remuneración que el mutuuario paga por el uso del capital ajeno; el precio del tiempo que lo utiliza y el riesgo del reembolso. La mayor demanda del capital y la menor seguridad del pago determinan el alza de los intereses. La primera parte del art. 1583 significa que los intereses no se presumen y que deben ser expresamente pactados. Consecuencia natural de este principio sería el que el pacto de intereses no pudiera probarse sino por escrito; sin embargo, esta consecuencia no está implícita en el texto de la ley. Nuestro artículo no dice, como el 1266 del Código del Brasil, que solo por cláusula expresa es permitido fijar intereses en el préstamo de dinero o de otras cosas fungibles. El pacto a que alude nuestro legislador puede ser verbal, como el contrato mismo, si éste no excede de 500 soles.

Si el mutuuario paga espontáneamente intereses, se presume que lo hace porque se siente obligado a ello. Sería llevar muy lejos la suposición de ingenuidad del deudor, admitir que pagase solo por error intereses no debidos. Por esto se establece que en caso de pago espontáneo de intereses, el deudor no puede repetirlos ni imputarlos al capital. El pago se entiende, pues, como

el cumplimiento de un acuerdo tácito acerca de la onerosidad del mutuo.

Los escritores franceses enseñan que si es el heredero del mutuuario quien paga los intereses no estipulados, podrá repetirlos, porque en este caso el error es posible (Huc. Comentaire 11, 181; Aubry et Rau, cours 4 parrafo 396; Laurent, principes XXVI. No. 523). La benevolencia de esta opinión no tiene apoyo legal. El heredero representa a la persona del deudor y es como si fuera el propio mutuuario; si paga intereses que el contrato no impone de modo expreso, está precisamente en la posición del deudor. imaginario. No hay por qué considerar más fácil el error del uno que del otro (Bevilaqua). Si estipulada una tasa de interés, el deudor o su heredero, pagare una tasa más elevada, podrá repetir por el exceso, probando que hubo error de su parte. El pago de intereses no estipulado no constituye título para que el acreedor exija los mismos intereses de ahí en adelante. (Zachariac, Droit Civil française, Parr. 728. Nota 5).

Al declarar la ley que el prestatario no puede repetir los intereses que ha pagado sin previa estipulación, implícitamente decide que ha pagado lo debido, suponiendo que los intereses estaban debidos por una convención, que si pudo ser tácita en principio, conviértese en expresa, merced a los actos realizados por las partes posteriormente, que exteriorizan de un modo que no deja lugar a duda el mutuo consentimiento de su voluntad, una de ellas pagando los intereses, la otra recibiendo los (Manresa, citando las opiniones de Laurent y de Pont).

La negación de la acción de repetición por lo indebido en el caso previsto en este artículo, es un principio que consagran todas las legislaciones (1906 francés; 1830 italiano; 2249 argentino; 1756 español; 1208 chileno; 1209 uruguayo).

17.—Nulidad del contrato.

Es nulo el contrato de mutuo en que se supone percibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada, cualesquiera que fuesen su cantidad y circunstancia (art. 1584).

Esta disposición, que reproduce con variaciones no esenciales la de la segunda parte del art. 7.º de la ley 2760 llamada del agio y la usura, tiene muy remoto abolengo en las disposiciones del derecho romano y la antigua legislación española, que cita Domat en la Sección 1a. del Título VI, del primer tomo de su célebre obra las Leyes Civiles, en cuyo número 7 dice: "El acreedor

puede estipular con su deudor una cantidad menor que la que le ha entregado, pero no mayor; pues que bien podía dar, pero no recibir con exceso. Y si apareciese que una obligación ha sido contraída por una suma mayor que la que fué prestada, sería nula en cuanto al exceso o faltare en cuanto a esta parte la causa". Como es fácil advertir, nuestro legislador ha optado por una sanción más radical: la de la nulidad total del contrato.

El mutuuario, que sin duda es el perjudicado, puede elegir entre interponer la demanda respectiva para que se declare nulo el contrato, o esperar a que el mutuante exija la devolución para argüir la misma nulidad como excepción que paralice la acción del cobro.

Probada la acción de nulidad o la excepción en su caso, el contrato quedaría sin eficacia jurídica, lo que significa que el mutuuario no puede ser compelido a la devolución de la cantidad que recibiera.

Pero como tampoco sería justo que se quedase con la suma que realmente le fué entregada, el mutuante podría exigirle la restitución conforme al art. 1149, porque evidentemente se trataría de un enriquecimiento indebido del mutuatario a expensas del mutuante.

Como se trata de una nulidad absoluta (inc. 4 del art. 1123) queda incurso en el art. 1124.

18.—Forma del contrato.

El mutuo cuyo valor pase de 500 soles debe constar por escrito (art. 1185).

Fuera de este caso en que la ley designa la forma específica para la constitución, y en consecuencia, para la prueba del mutuo, puede éste celebrarse en la forma que los interesados juzguen conveniente, y por ende probarse por cualquiera de los medios que el derecho autoriza (art. 1122).

19.—El anatosismo.

No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos (art. 1585) Ley 2760, art: 7.º, 312 Código de Comercio. Ver el 279 del Vol. 1.º).

El nuevo Código no modifica en realidad lo que al respecto imponía el Código anterior. Disponía éste en su art. 1823 que no pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un convenio que conste por es-

crito. La jurisprudencia entendió que el adverbio “entonces”, estaba usado en el concepto legal como de modo y no de tiempo. El nuevo Código evita ésta equívoca interpretación no permitiendo la capitalización de intereses, sino por períodos de dos años y por convenio escrito. De este modo puede darse cuenta de la onerosidad de la capitalización, y hacer un esfuerzo para pagar al acreedor, o si se somete a soportar el fuerte gravamen de que se hace responsable, lo hace con plena conciencia y a los efectos de la capitalización. (M. A. Olaechea. Lecciones).

CAPITULO IX

DEL COMODATO

20.—Concepto legal.

Por el comodato una persona (el comodante) entrega a otra, (el comodatario) gratuitamente, alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo, o para cierto fin, y después la devuelva.

Esta definición contenida en el art. 1587 no difiere de la que daba el código anterior (art. 1825), sino en que se ha suprimido la calidad de fungible exigida en la cosa objeto del comodato.

En la mayoría de los códigos se consigna que el comodato no puede tener por objeto sino las cosas que no se consumen con el uso, vale decir, las cosas no fungibles (art. 248 código del Brasil; art. 1289 código argentino; art. 1740 código español; art. 1878 código francés).

La definición de nuestro código es idéntica a la del 623 del Proyecto franco-italiano, y tiene el mismo contenido que la del art. 698 del código alemán.

21.—Objeto.

El comodato puede tener por objeto cosas muebles o inmuebles (comodatum).

La supresión que hemos hecho notar en la definición de este contrato, no puede significar, en nuestro concepto, sino que nuestro legislador admite, con la doctrina alemana, que es también posible el comodato de cosas consumibles si el uso permitido no consiste en el consumo, por ejemplo, si se da una moneda para enseñarla o se entrega una cesta de frutas para su exposición o para adorno. La cesión del uso para el consumo excluye la restitución del mismo objeto y requiere la transmisión contra pro-

mesa de restitución de una cantidad correlativa de cosa de igual especie, siendo portanto un contrato de mutuo. (Enneccerus). Los alemanes han previsto un comodato parecido al comodato del *ostentationem de los romanos*, y es el préstamo de cosas consumibles, para fines de simple adorno. Este principio está implícito en el art. 1587, en la expresión "para cierto fin" (Olaechea. Lecciones).

No es menester que las cosas que se dan en comodato pertenezcan al *comodante*.

Wahl citando la ley 16 de D. y la opinión de Pothier, advierte que el ladrón mismo puede dar válidamente en préstamo el objeto robado. Al afirmar que puede darse en comodato la cosa ajena, no se sostiene que semejante préstamo pueda oponerse al propietario. Se significa tan sólo, que el contrato es válido en cuanto a las relaciones que establece entre comodante y comodatario, esto es, que hace nacer entre ellos las obligaciones resultantes del contrato. En consecuencia, si el verdadero propietario obligara al comodatario a restituir la cosa antes del término expresa o tácitamente fijado, el comodante, si hubiese obrado de mala fé, quedaría responsable al comodatario de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

El préstamo de objetos destinados a un fin ilícito conocido por el comodante, sería un contrato nulo por ser contrario a las buenas costumbres; pero el comodante podrá siempre exigir la restitución del objeto. (Wahl 626. 627).

Casi es superfluo advertir que solo pueden ser objeto del comodato las cosas que están en el comercio de los hombres; y que lo están bajo el punto de vista del uso o disfrute, que es lo que gratuitamente se cede al comodatario.

22.—Naturaleza jurídica del comodato.

Caracteres.—El contrato de comodato es real, lo que quiere decir que solo se perfecciona con la entrega de la cosa. Las obligaciones creadas por el contrato de comodato solo comienzan cuando se ha entregado al comodatario el objeto para que lo use. Es un contrato de devolución.

En consecuencia, si se pacta una promesa de dar en comodato, *pactum de comodando*, y la entrega de la cosa, *estatio rei*, no se efectúa inmediatamente, no se ha celebrado un contrato de comodato, sino un simple contrato preliminar, una promesa obligatoria que solo vincula al promitente a la entrega de la cosa,

quedando en suspenso los demás efectos del presunto contrato. El comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, sigue siendo dueño, poseedor etc.; pero no conserva su ejercicio en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario (art. 2176. Código chileno).

Es cuestionable, no solo bajo el punto de vista teórico, sino de las consecuencias prácticas que acarrea, el decidir si el comodato es un contrato unilateral o bilateral.

Los que le califican como contrato unilateral se fundan en que el comodante no contrae ninguna obligación, y las que pueden afectarlo por accidentes imprevistos, no pueden tenerse en cuenta al determinar la naturaleza del contrato.

Los que sostienen la bilateralidad del contrato, alegan diversas consideraciones. Ricci arguye que la propiedad de la cosa no pasa al comodatario, de modo que el comodante está obligado a permitirle que se sirva de la cosa por el tiempo y para el uso convenido. Mirabelli invoca en favor de la bilateralidad del comodante la historia legislativa, recordando que, en el consejo de Estado se suprimió el título que trata de las obligaciones del mutuante (que en el Proyecto y el código francés forma parte del mismo título del comodato), pero que se acordó mantener ese título, lo que significa que el comodante contraía obligaciones. Otros autores como Gianturto y Winscheid clasifican el comodato entre los contratos imperfectamente bilaterales, porque si bien, no impone una contraprestación a la parte a quién atribuye derechos, no excluye, sin embargo, que quede obligado por otra vía, y que estas obligaciones no son simplemente posibles como en el mandato, sino incluso pueden ser esenciales, necesariamente implícitas en el contenido del contrato, ya que el comodante se obliga esencialmente a dejar la cosa prestada al comodatario hasta que éste la haya usado o la haya empleado en el uso que le fué autorizado.

De la naturaleza jurídica del contrato se derivan consecuencias prácticas importantes.

En efecto, la excepción de contrato no cumplido, la relativa a si el comodante puede, faltando un pacto expreso, hacerse restituir la cosa antes de expirar el término del contrato, cuando el comodatario abusa de ella, dependen de la naturaleza que se atribuya al comodato.

Los que lo consideran como contrato unilateral e imperfectamente bilateral tienen que admitir que el comodante no puede

hacerse restituir la cosa antes del término, y que si el comodatario ha abusado, podrá al término del contrato exigirsele la indemnización de daños y perjuicios. Al contrario, para los que consideran el contrato como bilateral, el comodante podrá recuperar sus cosas antes de que haya expirado el término, si el comodatario no la cuida como un buen padre de familia o la aplica a un uso diverso del convenido o que corresponda a la naturaleza de la cosa prestada. En suma, sería aplicable a estos casos la condición resolutoria tácita que va sobreentendida en todo contrato bilateral.

En el sistema del Código la naturaleza jurídica del comodato no está resuelta legislativamente, como en el Código suizo que se ocupa de la promesa de comodato que, evidentemente es bilateral. (art. 305). (1).

El art. 1592, señala las obligaciones que adquiere el comodante, frente a las que el art. 1595 impone al comoatario. Pero el autor de la ley advierte que estas obligaciones no se derivan del juego natural del contrato, son ajenas a él y aún algunas son anteriores a la celebración del comodato. La base o fundamento de estas disposiciones son principios generales que están por encima de todos los actos jurídicos.

23.—Requisitos esenciales del comodato.

De la definición legal del comodato resulta que son tres los requisitos esenciales:

- a) Uso de la cosa prestada;
- b) Gratuidad del uso;
- c) Restitución de la cosa.

24.—El uso de la cosa.

El comodato sólo confiere al comodatario el uso de la cosa. De aquí se deduce:

a) El dominio y todo otro derecho sobre la cosa se mantiene en el comodante: *rei comodatae et possessione et proprietatem retinemus*.

b) Puede dar en comodato el que puede transferir la tenencia de la cosa, por ejemplo, el conductor. Puede, en consecuencia celebrar contrato el ladrón y en tal caso el comodatario no podría pretestar el origen furtivo de la cosa para no restituirla.

(1) El préstamo de uso es un contrato por el cual el prestador se obliga a ceder gratuitamente el uso de una cosa que el prestatario se obliga a restituir después de servirse de ella.

y tampoco podría el ladrón rehusar la entrega, desde que entre ambos se ha producido un contrato válido. Al contrario, en las relaciones con el robado la cosa pasa de otro modo, pues éste tiene la acción contra el comodante y el comodatario para la restitución y el resarcimiento de los daños.

c) Como el comodatario procede en nombre del comodante, sólo a éste corresponden las acciones posesorias. Esta opinión de Stelfi es contradicha por Mirabelli. El comodatario, dice, puede equipararse al acreedor pignoraticio y al depositario, es un poseedor precario respecto al comodante en cuyo nombre posee; pero, hecha la concesión del uso posee la cosa *presuá* para gozarla conforme al contrato. Esta duplicidad de posesión paraliza el principio que consagró la sabiduría de los romanos en la ley antes citada: *rei comodatae et possessione et proprietatem retinens*. (L. 8. Dig. 18, 6).

Conforme al art. 990 del C. de P. C. el comodatario, que se encuentra disfrutando de un bien, puede lo mismo que el arrendatario y el anticresista, promover los interdictos de retener y de recobrar.

d) El comodatario que posee a nombre ajeno no puede usucapir la cosa dada en comodato, hasta que no se opere la *interventio possessiones* (arts. 873 y 874).

La acción de reivindicación de la cosa dada en comodato, no prescribe sino hasta que se haya mudado el título de la posesión, en cambio la acción personal hacia el comodatario prescribe a los quince años (inc. 2.º, art. 1168), a partir del día en que venció el término fijado en el contrato, o terminó el uso para el que la cosa fué destinada; y si la duración del uso no fuere establecida, desde el día en que la cosa fué entregada al comodatario, porque desde este día podía el comodante reclamársela.

e) El riesgo de la cosa es de cargo del comodante, porque no transfiriéndose la propiedad se aplica la máxima "*casum setit dominus*". Igualmente es de cargo del comodante la pérdida o el deterioro que sufra la cosa durante el tiempo fijado en el contrato o durante el uso para que fué concedida, si el accidente proviene del simple uso sin culpa de parte del comodatario (art. 1596).

Esta consecuencia está incluida entre los efectos que el art. 1589 atribuye al comodato: "Corresponde al comodante el aumento y el menoscabo o pérdida de la cosa prestada, al no haber cul-

pa de parte del comodatario o pacto de satisfacer todo perjuicio”.

Se exceptúan del principio enunciado los siguientes casos:

a) Si la cosa prestada perece por caso fortuito del cual podía salvarla el comodatario, en cuyo evento debe éste pagarla al comodante. Tiene igual obligación, si en la necesidad de perder una cosa suya o la prestada, prefiera que se perdiera ésta (art. 1596).

b) Si el comodatario dá a la cosa un uso diverso del determinado por su naturaleza o por el pacto, o incurre en demora para devolverlo, responderá el comodante del caso fortuito, a no ser que pruebe que la cosa habría perecido aunque no la hubiera empleado indebidamente, o si la hubiese restituído en su día al comodante. (art. 1598).

Si fué la cosa tasada al prestarse al comodante, la pérdida que suceda, aunque sea por caso fortuito, será de cuenta del que la recibió, si no hubo pacto en contrario (art. 1590).

d) Si el comodatario hubiese asumido a su cargo el caso fortuito, lo que es un pacto lícito en todos los contratos, pues no se confunde con el pacto “no dolus praestetur”, y que puede estipularse con más razón en el comodato que es a beneficio del comodatario.

Si no se ha determinado en el contrato el uso que se autoriza al comodatario, se entiende por tal toda utilidad que la cosa produce ordinariamente según las necesidades y la profesión del comodatario, y el empleo que antes ha hecho de ella el comodante. Respecto a los frutos hay que observar que, o constituyen la esencia del uso de la cosa (ejemplo si se presta una borrica para alimentar con su leche a un niño), en cuyo caso pertenecen al comodatario; o son independientes del uso de la cosa, en cuyo caso corresponde al comodante, ya que nada tienen que hacer con el uso de la cosa. Si no se entienden las cosas de este modo, el comodato quedaría asimilado al usufructo o al uso, de los que difiere profundamente.

Si el comodatario se apropia de la cosa con el fin de lucrar, incurriría en el delito de apropiación ilícita (art. 240 del C. P.).

25.—Gratuidad del uso.

Por definición el uso que mediante el comodato se autoriza al comodatario, debe ser gratuito. Nada significa que el comodante hubiese tenido en mira al celebrar el contrato, su propio interés: basta que no se haya pactado ninguna remuneración,

pues, en caso de existir ésta se trataría de una locación. Por la concesión del uso este negocio se aproxima al arrendamiento; pero por su carácter gratuito se opone, al menos, como la donación a la compraventa. (Crome).

26.—La restitución en especie.

La cosa dada en comodato, sea mueble o inmueble, debe restituirse *ineadem specie*. De aquí que, salvo el caso del comodato de ostentación, solo las cosas inconsumibles pueden ser objeto de comodato.

27.—El elemento personal.

Pueden celebrar contrato de comodato, los que tienen la libre disposición de sus bienes. (art. 1588).

Hay dos escuelas o sistemas sobre la capacidad para celebrar el contrato de comodato. Sostienen unos que basta la capacidad absoluta de disponer, y otros que se requiere la capacidad para adquirir. El Código anterior seguía el sistema de la capacidad absoluta para disponer y es ésta la dirección del código en vigor según aparece del texto del artículo transcrito.

Algunos autores propugnan la tesis de que basta la capacidad para adquirir. En el fondo se trata de una cuestión de hecho que consiste en apreciar la verdadera magnitud que representa la concesión gratuita del uso de una cosa, en relación a las circunstancias económicas del comodante y acaso el intento que éste encubriera de efectuar una donación bajo la apariencia de la simple concesión del uso. Desde este punto de vista es preferible requerir la capacidad de disponer en vez de la simple capacidad de adquirir, como requisito subjetivo para la celebración de éste contrato.

Como los administradores de bienes ajenos no pueden disponer gratuitamente de los que tienen a su cargo, no pudiendo por tanto, realizar actos que no redunden en provecho del propietario, están impedidos de dar en comodato las cosas que administran.

28.—El comodato es contrato personal.

Esto quiere decir que los derechos y obligaciones que de él derivan no se transmiten a los herederos, lo que está establecido por el art. 1591, que reproduciéndose el texto del 311 del Código suizo dice: "el comodato se acaba por la muerte del comodatario".

Sin embargo, las partes podrían estipular libremente lo contrario.

29.—Obligaciones del Comodante.

El comodante queda obligado:

1.º A avisar si la cosa prestada tiene algún vicio oculto (inc. 1, art. 1592).

Cuando la cosa prestada adolece de vicios tales que su uso puede irrogar perjuicio, el comodante queda responsable del daño que causare, si conociéndoles no hizo advertencia de ellos al comodatario (art. 1599).

2.º A no pedir la cosa que prestó antes del tiempo estipulado, y en defecto de convención, antes de haber servido en el uso para el que fué prestada.

Sin embargo, si el comodante necesita con urgencia imprevista la cosa prestada, tiene facultad de pedir que se le devuelva antes de cumplir el plazo del contrato, o antes de que se haya usado de ella.

Huc y Laurent consideran injustificada esta facultad, porque tiende a incitar al comodante a imaginar una necesidad imprevista y urgente.

El comodante no podrá usar arbitrariamente de la facultad que le otorga el art. 1593, y el comodatario puede resistir a la exigencia de devolución apelando a la justicia para que declare si realmente existe o no la razón alegada por el comodante para poner término al contrato, lo que no impide que las relaciones nacidas de este negocio que tienen el carácter de amistosas o fraternales, se trasformen en una pugna u hostilidad entre las partes.

Sin embargo, disposición análoga consignan gran parte de los códigos modernos.

3.º Pagar los gastos extraordinarios y precisos que hubiere hecho el comodatario para la conservación de la cosa prestada. Los gastos ordinarios y los que exija la conservación mientras el comodatario se sirve de la cosa, son de cargo de éste (inc. 3, art. 1592). Wahl 664.

30.—Préstamo precario.

El contrato de precario, ya abolido en las legislaciones modernas, consistía en la cesión del uso de una cosa, sin fijar término para la devolución. El plazo durante el que se permitía el uso generalmente era dilatado, se consideraba el precario como un

contrato real, que confería un derecho posesorio. Este carácter servía para diferenciarlo del comodato.

El art. 1594 permite una forma de comodato que se asimila al contrato caduco de precario. "Cuando no se ha determinado el objeto del uso y su duración, ni aquél resulta determinado por la costumbre, puede el comodante, a su arbitrio, pedir que se le devuelva la cosa prestada.

31.—Obligaciones del comodatario.

Son obligaciones del comodatario:

- 1.º Velar por la guarda y conservación de la cosa;
- 2.º Emplearla en el uso señalado por su naturaleza o por el pacto; quedando responsable del menoscabo y ruina provenientes del abuso;
- 3.º Hacer los gastos ordinarios o precisos que exija la conservación de la cosa, mientras se sirve de ella;
- 4.º Devolver la cosa en el término estipulado y en defecto de convención, después del uso que se hubiese determinado en el contrato.

En cuanto a la primera obligación, el art. 1251 del código del Brasil expresa el alcance que debe tener la guarda y conservación por las que debe velar el comodatario, indicando que ha de cuidar de la cosa como si fuera propia, al punto que si estuviera en riesgo justamente con otras cosas suyas, debe posponer su interés personal, dando preferencia al salvamento de la cosa ajena (art. 1596. Segunda parte).

El prestatario no puede servirse de la cosa sino en el uso determinado en el contrato, lo que se funda principalmente, en que el comodato es una convención de buena fé y debe ejecutarse esencialmente conforme a la voluntad expresa o presunta de las partes. El objeto del préstamo viene, por lo general, expresado en el contrato, y se considerará como tácito, cuando faltando su designación explícita, se manifiesta por los hechos y circunstancias del caso, vale decir, por la naturaleza de la cosa y la profesión del prestatario. Por ejemplo, si presto un caballo de silla, es entendido que lo doy para que el prestatario pueda montar en él y no para que lo emplee como bestia de tiro, etc. Wahl advierte que no sería posible admitir, como lo hacía el derecho romano y como lo enseñara Pothier, que el prestatario puede dar a la cosa un uso no determinado por la naturaleza de la cosa, o por la convención, si pudiese creer legítimamente que este uso habría

sido autorizado por el comodante. Aunque el comodato sea en general un contrato de beneficencia, el comodatario no puede, en principio, sustituir el convenio por su propia voluntad. El uso abusivo hace al comodatario responsable aún del caso fortuito en los términos del art. 1598.

Dentro el cumplimiento normal del comodato, el deterioro o la pérdida de la cosa, mientras permanece en poder del comodatario, se gobierna por las reglas generales, lo que significa que los riesgos de la cosa prestada se determinan con el mismo criterio que sirven para establecer la responsabilidad de indemnización de daños y perjuicios en el cumplimiento de las obligaciones. El comodatario no soporta el deterioro ni la pérdida de la cosa que provienen del simple uso, sin culpa de su parte (Arts 1320 y 1597). En cambio responde del deterioro o pérdida de la cosa aunque provenga de caso fortuito si el accidente se produce durante el uso diverso del determinado por la naturaleza de la cosa o por el pacto o estando en mora respecto a la devolución. El art. 1598 es uno de los casos en que la ley de manera expresa hace responsable al deudor por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito y de la fuerza mayor. El uso abusivo es, evidentemente, una contravención de las obligaciones del comodatario y constituye así una aplicación concreta del principio general contenido en el art. 1320.

El que está obligado a entregar una cosa, como lo está el comodatario respecto de la cosa prestada, solo está exento de responsabilidad si prueba su inculpabilidad (art. 1326); y en el caso del comodato solo puede alcanzar esta indemnidad probando que la cosa habría perecido aunque no la hubiera empleado indebidamente o se la hubiese restituído en su día al comodante.

Empleando el comodatario la cosa prestada en un uso distinto, o por un tiempo más largo del que debería, responde del caso fortuito, porque este es aquí consecuencia de la culpa. Si tú te sirves de mi caballo para el viaje para el cual te lo presté, y en el camino le matan los ladrones o le parte un rayo, no respondes, porque estás exento de culpa; pero si te sirves de mi caballo después de transcurrido el término para el cual te lo dí, o para un viaje distinto, responderás de la muerte del caballo por parte de los malhechores o por efecto del rayo; porque tu tienes culpa y si hubieses restituído el caballo a su tiempo, o si no te hu-

bieses servido de él para otro viaje, ni el rayo le hubiera partido, ni los bandidos le hubieran muerto (Ricci).

La excepción contenida en el art. 1809 del código italiano, idéntica a la que consigna en su art. 1598, se justifica en concepto del mismo autor, por los principios de derecho. En efecto; la sola culpa no da derecho a proceder contra aquél a quién es imputable, pues es necesario que el daño lamentado sea consecuencia de la misma, de modo que si no hubiese habido culpa, el daño no se hubiera verificado. Si entre la culpa y el daño no hay relación de causa a efecto, no puede ser considerado responsable el que, aunque culpable, no originó el daño. Si el caballo que te presté por ejemplo, muere cuando le dedicas a un uso distinto, o después de transcurrido el término, a causa de una enfermedad de que estaba atacado, de suerte que hubiese muerto igualmente si le hubieses empleado en el uso contractual, no se puede decir que la muerte sea consecuencia de tu culpa, y quedas por esto exento de responsabilidad.

32.—Responsabilidad por vicios de la cosa prestada.

Cuando la cosa prestada adolece de vicios tales que el uso de ella puede irrogar perjuicio, el comodante responderá del daño causado, si conociendo los vicios de la cosa, no hizo advertencia de ellos al comodatario (art. 1599).

De evidente justicia es el precepto consignado en este artículo. El comodante está obligado a descubrir al comodatario los defectos de la cosa prestada, pues de lo contrario responde de los daños y perjuicios. Descontado está que tal indemnización, se basa en el supuesto del conocimiento de los vicios; si los desconoce, si prestó la cosa obrando de buena fé, no hay motivo para indemnizar. La solución que da la ley en este caso, diversa de la que adopta al tratar de la venta o del alquiler, viene de que estos son contratos lucrativos para el vendedor o locador, mientras que el comodato es absolutamente gratuito. Como dice Troplong, si venís a demandarnos un servicio y hacéis degenerar este servicio en una causa de daño, cometeis una traición. Y Goyena pregunta ¿qué epíteto bastante odioso puede darse al hombre que se color de favorecer presta a sabiendas una cosa, que no puede ser empleada sin comprometer la vida, la salud o la fortuna del que la ha de usar? La simple reparación del mal, puede no ser muchas veces suficiente castigo de la odiosa perfidia que se atreve a tomar la máscara de la beneficencia. Si el defecto fuere co-

nocido del comodatario, o fué tan notorio que se revelara a la inspección más somera, agrega Manresa, en tal caso no cabría la responsabilidad del comodante; en casos tales, la advertencia resultaba ociosa, y si el préstamo se realizó, debe presumirse en el comodatario la voluntad de correr el riesgo aparejado con el uso de la cosa o la posesión de los medios para precaverla.

33.—Imposibilidad de devolver la cosa prestada.

Cuando sea imposible devolver la cosa prestada, pagará el comodatario, a elección del comodante, otra de la misma especie y calidad, o el valor que le corresponda, arreglándose a las circunstancias de tiempo y lugar en que debía restituirse. (art. 1600).

La regla de este artículo es semejante a la que establece el 1579 sobre la forma en que el deudor en una relación de mutuo o comodato debe cumplir la obligación en lo que le respecta, en caso de que sea imposible devolver la cosa prestada. En el mutuo se satisface el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago. En el comodato se establece una alternativa, cuya elección corresponde al comodante entre dar otra cosa de la misma especie y calidad de la recibida, o el valor que corresponda a ésta en las circunstancias de tiempo y lugar en que debía restituirse.

Esta forma de cumplir la obligación del comodatario, tiene lugar no sólo en los casos de destrucción o pérdida, sino en todos aquellos en que se haga imposible la devolución de la cosa prestada.

En la calificación de esta imposibilidad, debe la justicia proceder con cierta amplitud de criterio, teniendo en cuenta que no se trata de una alternativa entre la obligación contractual que impone el pago específico y la legal que permite el pago en cosas de la misma especie y calidad a la prestada o del valor que ésta tenga en el tiempo y lugar de la restitución. No bastará, pues, que el comodatario alegue la imposibilidad de la devolución específica, sino que debe probar una imposibilidad material (objetiva) o cuando menos subjetiva de carácter grave.

Una vez que la cosa prestada hubiese sido pagada en la forma prevista en el artículo anterior, y en el supuesto de que la imposibilidad de devolverla hubiese provenido de la pérdida de la cosa, si la hallare después el comodatario, no podrá obligar al

comodante a recibirla pretendiendo la devolución de la que dió en pago o del valor que diera en sustitución.

En cambio, si el que la hallare fuera el comodante, podrá retenerla, restituyendo el precio que se le dió, o quedarse con éste, devolviendo la cosa al comodatario.

Hallándola un tercero, tiene el comodatario derecho de recobrar la cosa como suya. El comodante no podría ya reclamarla, ni aún a condición de devolver el precio o la cosa que recibió en pago. (art. 1601).

34.—Mutuo solidario.

Si se ha prestado una cosa a dos o más personas, para que la usen al mismo tiempo, son responsables solidariamente (art. 1602).

La mancomunidad que la ley establece entre los comodatarios, constituye una garantía al derecho del comodante. La solidaridad no se trasmite a los herederos del comodatario; pero como se trata de un cuerpo cierto, el propietario puede reivindicarlo de aquel que lo tenga en su poder, sin necesidad de accionar contra todos.

35.—Acción de restitución.

Para obtener la restitución de la cosa dada en comodato, el comodante tiene en todo caso una acción personal que nace del contrato. Esta acción puede ejecutarse por el comodatario y sus causahabientes a título universal y prescribe a los quince años.

Cuando se presta cosa propia se le puede reclamar por acción reivindicatoria, ya que por el hecho de prestar no se pierde el título de propietario ni las ventajas a él anexas. La acción reivindicatoria, puede ejercitarse no sólo contra el comodatario y sus causahabientes a título universal, sino contra los terceros que detentaren la cosa que fué objeto del comodato.

El demandado, cualquiera que fuese, no puede paralizar la acción reivindicatoria sino invocando, cuando procediere, la prescripción adquisitiva. El comodatario o sus herederos, pueden acogerse a la prescripción de treinta años que opera sin título ni buena fé. Los terceros puedan acogerse a la prescripción común.

Tratándose de un objeto mueble corporal, pueden acogerse también al principio según el que en materia de muebles la posesión constituye título.

Conforme a los principios generales reconocidos en el derecho internacional privado, las obligaciones del mutuuario se

rigen por la ley del lugar donde el contrato fué celebrado. (art. VII del Título preliminar).

CAPITULO X

DEL DEPÓSITO

36.—Concepto.

Por el depósito una persona recibe de otra alguna cosa mueble para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante. Este concepto contenido en el art. 1603, encierra la definición de este negocio, determinando la manera de constituirse el contrato y la obligación fundamental que genera. El supuesto de hecho es que alguien reciba de otra persona alguna cosa mueble. El hecho de recibir una cosa ajena puede originar diversos contratos, cada uno de los que se caracteriza por el fin determinante de la entrega, por la intención que guía a las partes a realizar el supuesto de hecho. En el depósito este fin o intención determinante es la custodia de la cosa que el depositante pone en manos del depositario. La custodia tiene que constituir el contenido único o al menos principal del contrato. "La obligación de custodia puede derivar de los más diversos contratos, pero sólo cuando es el contenido sustantivo del contrato, éste se califica depósito". En consecuencia, quien alegare que la entrega o el recibo de una cosa se hizo a título de depósito, debe probar que lo único que las partes quisieron fué la guarda y cuidado de la cosa (custodia). El guardar es una actividad. No debe confundirse con la mera entrega de un local en el cual pueda otro depositar un objeto. El depósito pertenece por esto a la especie de los contratos de trabajo (Crome). (1).

De este hecho y de esta intención se deriva la obligación que asume el depositario de devolver la cosa puesta bajo su custodia, cuando el depositante la pida. Se trata, pues, de una obligación de dar, que radica en el deudor, que es el depositario, con

(1) Pothier formula una regla práctica para distinguir este contrato de los demás reales, diciendo que antes es preciso ver la finalidad perseguida por las partes al contratar. Cuando el fin principal no ha sido confiar a la parte la custodia y conservación de la cosa, siquiera resulte ésta siempre en los demás como una obligación accesoria, no habrá depósito; y, por el contrario, existirá este contrato cuando el fin primordial de la entrega sea la guarda de la cosa, aun cuando se le añadan otras convenciones.

el fin de restituir la cosa al que la entregó, (depositante) que es el acreedor. Crome dice por esto que es un contrato de devolución. La promesa de encargarse de la guarda de una cosa no es sino un precontrato. La conservación y la devolución de la cosa concentran el objeto jurídico de este negocio. Sin embargo el depósito no excluye ciertas medidas administrativas, en tanto se trate solo de determinaciones secundarias del contrato o de servicios voluntarios del depositario.

Puede, pues, definirse el depósito, como el contrato mediante el cual alguien se obliga a guardar o custodiar un objeto mueble que le ha entregado otro con este fin (art. 668 del Código alemán).

La definición del derecho moderno no difiere sustancialmente de la que enseñaba Ulpiano, y que está contenida en L. 1, pr., Dig. 16, 3: “*depositum et quos custodiemdum alicui datum et, digtu ex ero quod ponitud; praepositio emin et auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*”. Casi todos los códigos están conformes en que sólo a las cosas muebles es aplicable este contrato (1918 francés; 1917 italiano; 477 suizo; 688 alemán; 1761 español; 1265 Brasil; 1431 Portugal).

“Parece más científico seguir la doctrina jurídica que elimina los bienes inmuebles del depósito propiamente dicho, pues la entrega de un inmueble sea urbano o rural, es algo más que un simple depósito: puede ser un mandato, una administración, o más frecuentemente, una locación de servicios. (Exp. de Motivos). Un inmueble dice Finta, no podría ser guardado en lugar seguro: podría a lo más ser supervigilado y para este efecto se le haría objeto de una locación de servicios o de un mandato.

Algunos códigos, como el italiano, consignan que la restitución a que queda obligado el depositario, debe hacerla *in natura*. El depósito se entiende celebrado principalmente en interés del depositante, de aquí que el depositario no esté autorizado para procurarse ningún provecho del objeto puesto bajo su custodia.

37.—Naturaleza jurídica del depósito.

El depósito es, por definición, un contrato real, vale decir, que solo se perfecciona mediante la tradición de la cosa. Pero es claro que si la cosa estaba ya en posesión del depositario no será indispensable la entrega, por ejemplo, si el vendedor que ha transmitido la propiedad de la cosa vendida mediante *constitu-*

in possessorem, se obliga hacia el comprador a tener la cosa en depósito.

Este carácter que parece obvio, ha sido desconocido por algunos autores, por ejemplo Pacifici-Mazzoni, que en la primera edición de su gran obra "INSTITUZIONI DI DIRITTO CIVILE", enseñó que el depósito se perfecciona con el simple consentimiento, y que la tradición que el depositante hace de la cosa, pertenece ya a la ejecución del contrato. Pero el mismo autor reconoció posteriormente que su opinión estaba en contradicción manifiesta con el párrafo II del art. 1837 del Código italiano. Toullier y Duvergier también han impugnado el carácter real del depósito, pero no aportan en defensa de su tesis, razones que merezcan ser refutadas.

Sin embargo, se admite, generalmente, que si alguien se obliga a guardar un objeto, la obligación es eficaz en la medida que la amparen los principios generales de la contratación, pero no es un contrato de depósito. Tampoco puede considerarse como imposible un contrato por el cual alguien se obligue a depositar una cosa, pero salvo circunstancias muy especiales, es difícil que se presente un caso en que el presunto depositario tuviera interés en que la promesa se ejecute (Planck). Esta promesa deberá considerarse como contrato consensual no regulado por la ley. En el derecho suizo el contrato de depósito no es real, sino consensual. (art. 472).

El contrato de depósito puede constituirse a favor de un tercero.

38.—Objeto del depósito.

Sólo las cosas muebles pueden ser objeto del contrato de depósito; pero sólo puede referirse a objetos individuales. El objeto puede no ser de propiedad del depositante y debe devolverse *in natura*. Sin embargo es posible dar en depósito objetos fungibles, de modo que deban devolverse más tarde objetos de la misma especie, calidad y cantidad. De ahí la distinción entre depósito regular o individual y el depósito irregular o abierto, que nuestro código somete a las normas del mutuo (art. . . .) Si se da en depósito un terreno, se trata de un contrato de servicio o de comisión.

La cosa depositada puede ser ajena; y aún es posible que sea del depositario, si por cualquiera razón la facultad de disponer corresponde al depositante (Fick). (Endeman).

39.—Especies de depósito.

El depósito puede ser:

- a) Depósito propiamente dicho o secuestro;
- b) Depósito voluntario o depósito necesario;
- c) Depósito regular o irregular;
- d) Depósito gratuito u oneroso.

El depósito propiamente dicho, que es el definido en el art. 1603, no puede tener por objeto sino cosas muebles. .

El secuestro, que en nuestro código no figura como contrato, corresponde a lo que entre nosotros constituye la institución procesal del *embargo*, se refiere a la custodia de cosas que son objeto de un litigio y puede ser convencional o judicial. El secuestro solo entra en el concepto de depósito si se refiere a cosas muebles y no se confieren al depositario ulteriores facultades de administración.

El depósito puede ser voluntario o necesario. Es lo primero cuando se lleva a cabo por convenio espontáneo entre el depositante y el depositario; y es lo segundo, cuando obedece a algún accidente del que deriva la urgencia de poner una cosa bajo la custodia de alguien, como en el caso de un incendio, de un naufragio, o de otro acontecimiento no previsto. Estas dos clases de depósito están consideradas en el código (arts. 1605, 1606 y 1607).

Se llama depósito irregular aquél en que el depositario no se obliga a restituir la cosa que ha recibido, sino a entregar cosas de la misma especie y cantidad: queda así constituido deudor de un género o especie y no de un cuerpo cierto como en el depósito ordinario; no es un tenedor precario, sino más bien propietario de la cosa que se le ha entregado. Prácticamente corresponden a esta especie los depósitos en dinero que se hacen en los bancos o en la Caja de Depósitos y Consignaciones. Esta clase de depósitos (los bancarios) se asimilan enteramente al préstamo, tanto más que en ciertos casos se abona al depositante un pequeño interés (Planiol).

Nuestro código, a diferencia de otros, el italiano por ejemplo, no reconoce la gratuidad del servicio que presta el depositario como elemento esencial de este contrato. Por el contrario, del art. 1604, se desprende que el depósito puede ser oneroso o gratuito: "El depositario, dice el dispositivo acotado, tendrá derecho a percibir una remuneración, cuando ha sido estipulada, o

cuando por las circunstancias deba estimarse tácitamente convenida”.

La legislación comparada no considera la gratuidad como nota característica o sustancial del depósito. El código civil peruano, aunque establece que el depósito es esencialmente gratuito, agrega, sin embargo, que no muda de especie por la asignación de alguna cantidad en recompensa de la custodia.

El Código avanza un poco más, e imitando la institución de los códigos de Austria, de Suiza y de Alemania, que se acomodan mejor, en este punto, a la realidad ambiente, declara que se debe remuneración al depositario cuando fué estipulada expresamente, o cuando en virtud de las circunstancias deba suponerse que la remuneración fué tácitamente convenida entre las partes. (Exposición de Motivos).

Si la remuneración convenida constituye una contrapartida de la total prestación del depositario, el depósito será un contrato oneroso y bilateral, pero si la remuneración ha sido concebida únicamente como indemnización de los gastos a hacer, o si no se ha convenido en absoluto remuneración alguna, el contrato será unilateral, (en el primer caso, como una estipulación accesoria) y gratuito (Enneccerus).

Para la doctrina, entendiendo por tal el derecho científico, es unilateral el depósito, porque las obligaciones todas son del depositario, no del depositante; pero entendemos que desde el punto de vista del derecho positivo no pueden ser absoluta la afirmación de la unilateralidad, toda vez que admite como posible el depósito remunerado, y en este sentido la relación jurídica creada será bilateral; pero solo en este caso, porque el reintegro de los gastos, o la indemnización de perjuicios que se deban por el depositante al depositario en el depósito gratuito, no son obligaciones nacidas y creadas con el contrato mismo, sino posteriores a su perfección, y si bien es causa remota de ellas el depósito, dimanar de un principio supremo de justicia y de hecho que pueden o no acaecer, originando consecuencias distintas en calidad y cantidad. (Manresa).

Ha de estimarse como tácitamente convenida la remuneración al depositario, cuando la custodia de la cosa, según las circunstancias, solo podía esperarse en esta forma (art. 869 Código Alemán); y cuando se trate de un depósito judicial, en cuyo caso los depositarios tienen derecho a la remuneración que

les fija el arancel de derecho judiciales; o de un depósito mercantil, salvo pacto en contrario. (art. 298 C. de C.).

No hay que perder de vista, que las disposiciones legales relativas al depósito, son de naturaleza dispositiva; y que, en consecuencia, nada impide que, como ocurre frecuentemente en el comercio bancario y en los depósitos industriales de mercadería, muebles etc., pueden celebrarse contratos de depósito a base de condiciones generales formuladas por escrito, que ya modifican, ya complementan las disposiciones de la ley—depósito por adhesión.—(Planck).

40.—Depósito voluntario.

Ya hemos dicho que el depósito voluntario se forma por el consentimiento espontáneo del que da y del que recibe el depósito.

El caso normal y más frecuente es aquel en que el depositante es propietario de la cosa depositada, cuya entrega se hace con su consentimiento expreso o tácito; pero nada impide, que puedan dar también en depósito el usufructuario, el poseedor o el simple tenedor, en suma, todos los que tuvieran interés en que la cosa sea custodiada, sin excluir al ladrón, como la admitía ya el derecho romano (L. 39 DIG. 16, 3).

Solo se excluye el auto-depósito, esto es, el acto de encomendar a una persona la custodia de la cosa que le pertenece, pues esto sería contrario a la naturaleza íntima y a la razón de ser de esta institución. De aquí que el art. 1661 del Código italiano diga que todas las obligaciones del depositario se extinguen cuando descubriera pruebas que acrediten que la cosa depositada le pertenece.

El depósito voluntario no se forma sino entre personas capaces de contratar.

Sin embargo, la persona capaz que es depositaria de los bienes de otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones de este contrato. (art. 1605).

Sin derogar ninguno de los principios generales, el legislador establece en este artículo, la capacidad necesaria para celebrar un contrato de depósito. La segunda parte del dispositivo, no es sino consecuencia del principio según el que la nulidad del contrato por incapacidad de una de las partes es meramente relativa, y solo puede invocarla aquel a cuyo favor la ley la ha establecido. El incapaz, en el supuesto legal, no tiene interés en anu-

lar el depósito, desde que el depositario es el único obligado, y no pudiendo valerse de la nulidad, establecida solo en provecho del incapaz, queda naturalmente sujeto a las obligaciones del contrato.

En el caso inverso, esto es, cuando una persona capaz deposita una cosa en manos de otra incapaz, el depositante no tiene acción civil, sino para recobrar lo que existe, o el valor de lo que se ha consumido en poder del depositario (art. 1606). La nulidad se establece aquí en favor del incapaz que hace de depositario, y es lógico que no esté por esto sujeto a las obligaciones que nacen del contrato. Pero el depositante, que no puede utilizar la acción que nace del contrato, no pierde, en cambio, la propiedad de la cosa depositada, y puede reivindicarla del depositario incapaz mientras se encuentre en su poder. Si el incapaz enajenó la cosa o la consumió en parte en su provecho, como esto constituiría un caso de enriquecimiento injusto, se da al depositante acción civil para recobrar lo que de la cosa depositada existiera, o el valor de lo que de ella se hubiese consumido en provecho del depositario (art. 1765 C. Español).

Se exceptúa naturalmente de esta disposición el caso en que el menor hubiese obrado con dolo, induciendo a la contraparte a celebrar el depósito simulando ser mayor de edad.

Si el menor enajenó conscientemente o disipó de otro modo la cosa recibida en depósito, comete un delito, y por consiguiente responderá de las consecuencias en cuanto fuere imputable, esto es si estuviera entre los 18 y 21 años, y el depositante, por tanto, tendrá acción contra él para conseguir el resarcimiento de daños, aunque ningún provecho hubiera obtenido de la enajenación o del consumo de la cosa depositada (Ricci).

41.—Depósito necesario.

En el depósito voluntario, el depositante exige libremente la persona del depositario; y se entiende por depósito necesario aquel en que el depositante se ve obligado, por las circunstancias, a conferir la guarda de una cosa, a la persona que esté en aptitud de aceptar el encargo, que se hace no espontáneamente, sino bajo el apremio de alguna necesidad, como en el caso de incendio, inundación, naufragio etc.

Este es el concepto que acoge el legislador en el art. 1607, estableciendo que toda persona que no tenga impedimento físico, está obligada a admitir el depósito necesario.

No todas las legislaciones consideran forzosa la obligación de la persona requerida para encargarse de una cosa que está en peligro a causa de una calamidad o desgracia que padece el dueño, de aceptar el cargo de depositario.

En cambio, algunos códigos, como el del Brasil (art. 1282, y el español art. 1781), consideran como depósito necesario, no solo el que se hace con ocasión de alguna calamidad, sino además el que se lleva a cabo en cumplimiento de una obligación legal.

Es también uniforme la legislación y la doctrina en cuanto a reputar como necesario, el depósito de los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles y posadas.

El depósito necesario está sujeto a dos normas especiales.

a) Puede hacerse verbalmente, cualquiera que sea el valor de la cosa depositada;

b) Los hoteleros y posaderos pueden rehusar la custodia del dinero, valores u objetos preciosos, cuando su valor fuere excesivo en relación a la importancia de sus establecimientos.

No es bastante para considerar como necesario un depósito, la circunstancia de ser determinado por un peligro: es necesario que este peligro sea tan inminente que obligue al dueño o tenedor de las cosas, a proveer a su seguridad, sin tiempo para buscar un depositario a su gusto.

Fuera de estas particularidades, el depósito necesario, se rige por las disposiciones que la ley establece para el depósito voluntario.

42.—Forma.

El depósito de una cosa cuyo valor exceda de 500 soles, debe hacerse por escrito.

Exceptúase el depósito necesario, que pueda hacerse verbalmente, cualquiera que sea el valor de la cosa depositada (art. 1608).

Se infiere de la letra del artículo transcrito, que la prueba de la constitución de un depósito cuyo valor sea de más de 500 soles, debe estar constituida por el documento o escrito en que conste la celebración del contrato, de manera que aparezca evidente que la entrega hecha al depositario tuvo por exclusivo objeto conferirle la guarda o custodia de las cosas dadas en depósito, exceptuándose de este requisito solo el depósito necesario.

Sin embargo, como en materia de prueba su reglamentación corresponde al derecho procesal, y éste permite el uso de todas

las pruebas que enumera el art. 347 del C. de P. C., parece que la confesión, el juramento decisorio y aún la declaración de testigos, pueden valer como pruebas si no para demostrar la existencia de un contrato de depósito, para acreditar la entrega hecha al depositante con las consecuencias jurídicas que de ella puedan derivarse.

43.—Obligaciones del depositario.

El depositario está obligado:

1.º A cuidar de la cosa depositada como propia, o como dice el código alemán, en la forma prescrita en el contrato, y en todo caso según la buena fé y las costumbres del tráfico. La ley de Partidas definía esta obligación en forma precisa: "teniendo es de guardar bien y lealmente, de guisa que non se pierda nin se empeore por su culpa nin por su engaño".

Esta modalidad de la diligencia de guardar y conservar la cosa, está impuesta en el depósito por dos razones: la primera, porque es la fidelidad requisito esencial de esta relación jurídica; y la segunda, por la presunción de que el depositante, al elegir al depositario, ha tenido muy en cuenta el cuidado que éste acostumbre tener con las cosas propias, para inferir el que tendrá con las suyas.

En general, el deudor está obligado a cuidar de la conservación de la cosa, que debe entregar o restituir, empleando la diligencia propia de un buen *padre de familia*, fórmula clásica con que se expresaba el concepto de la culpa leve en abstracto; y tratándose del depósito se ha considerado siempre que la obligación del depositario quedaba limitada a los cuidados que cualquiera pone para la conservación de las cosas propias, significando así que el depositario solo es responsable por la culpa leve en concreto.

Como nuestro código no admite la clasificación clásica de las culpas, tampoco ha podido establecer las excepciones que contiene el art. 1928 del Código de Napoleón respecto a los casos en que la responsabilidad del depositario se agrava, esto es, cuándo debe tratar la cosa depositada no solo como propia, sino con los cuidados propios de un buen padre de familia, vale decir, que se trate del depósito hecho espontáneamente o mediando el ofrecimiento del depositario; se trate de depósito oneroso o gratuito, o del hecho en interés único del depositario, la obligación de éste queda limitada a desempeñar su cargo con lealtad, correspondien-

do con buena fé a la confianza en él depositada, o en términos de la antigua técnica, a responder solo por la culpa leve en concreto. De esta obligación se deduce que el depositario está impedido de confiar a un tercero el objeto depositado, siendo responsable, si infringe esta prohibición, no solo por el hecho del tercero, sino aún del caso fortuito si éste ocurre estando la cosa en poder del tercero y pudiendo inferirse que el caso no se habría producido si la cosa hubiera permanecido en poder del depositario.

Esto no excluye que contractualmente pueda establecerse que el depositario queda obligado por cualquier clase de descuido, o que solo será responsable en determinados casos.

Si el depositario fallece dejando varios herederos, la pérdida o deterioro ocasionado por culpa o hecho de alguno de ellos será de su cargo exclusivo.

El Código alemán dá al depositario facultad de cambiar la forma de la guarda convenida, cuando según las circunstancias pueda creer que el depositante habría aprobado la modificación si hubiera conocido el estado de las cosas, debiendo dar aviso al depositante antes del cambio y esperar su decisión, a no ser que haya peligro en la demora.

Si el depositario promete una actividad especial de vigilancia y cuidado, no cambia la naturaleza del contrato en el sentido de suponerlo un mandato o un contrato de servicios, porque el grado de diligencia que haya de desplegar el depositario en la custodia de la cosa no afecta la esencia del contrato. (nota de los traductores de Enneccerus).

2.º A abstenerse de hacer uso de ella, sin consentimiento expreso del que la depositó, bajo responsabilidad por su pérdida, deterioro o destrucción y por los provechos que reporte este su uso.

El inciso consta de dos partes:

a) Obliga al depositario a abstenerse de hacer uso de la cosa depositada sin consentimiento expreso del que se la entregó.

El depósito se hace únicamente para la custodia, por lo que el que se sirve de la cosa depositada viola la fé del contrato (Ricci, Tomo 18 No. 232).

Ahora bien, si conforme a la intención de las partes, el depósito es lo principal y se permite el depositario usar de la cosa únicamente en determinadas circunstancias o en aspectos secun-

darios, este permiso habría de interpretarse como estipulación accesoria al contrato, y no como mutuo o comodato, pues estos contratos suponen la transferencia del dominio o el uso para un fin determinado.

b) El depositario que se sirve de la cosa sin autorización del depositante, incurre en culpa y

debe responder por la pérdida, deterioro o destrucción de la cosa y por los provechos que reportare de este uso indebido.

Para librarse de esta responsabilidad sería menester que probase que la cosa habría perecido aún sin que él la hubiera usado. Según algunos autores franceses (Duvergier, Pont, Laurent, Guillouad), el depositario responde en caso de uso indebido por la pérdida, deterioro o destrucción culpables y también por los accidentes que se debieran a caso fortuito. Esta ampliación de la responsabilidad que es aceptada por Wahl, no es de aplicación en nuestro derecho conforme a lo establecido en el art. 1319.

El depositario deberá, para los efectos de la indemnización, probar el valor de la cosa que fué objeto del depósito.

3.º No registrar las cosas que se han depositado en arca, cofre, fardo o paquetes cerrados y sellados.

Esta obligación deriva de la naturaleza del depósito. Debiendo restituirse la cosa tal como se le recibe, es claro que si se registra el arca, cofre, fardo o paquete, para lo que será necesario romper las cerraduras o sellos que se les hubieran puesto para asegurar su inviolabilidad, no podría hacerse ya la restitución en la forma prescrita por la ley.

Si el depositario fuese culpable de la ruptura del sello o cerradura del depósito, basta para probar su contenido el juramento del depositante, mientras no se justifique lo contrario. Si a causa de la violencia de este precepto, sobrevienen pérdidas o daños al depositante, serán de cargo del depositario (art. 1611).

Justificando el precepto del art. 1847 del Código italiano, dice Ricci: "El hecho de entregar las cosas depositadas en cofre, arca, fardo o paquete cerrado y sellado, revela la voluntad de que no se examine su contenido, por lo que descubrirlo es abusar de la confianza. Pero si la cosa aún no cerrada o sellada se entrega de modo que el depositario se le prohíbe expresa o tácitamente examinarla, también aquí es aplicable el precepto legal, que por otra parte, es una aplicación de los principios generales del derecho. El legislador ha previsto los casos más frecuentes

en los que se revela la intención del depositario; pero no excluye que esta pueda manifestarse de otro modo.

4.º Devolver con sus frutos y rentas la misma cosa depositada, cuando lo pida el depositante o lo mande el juez.

La restitución del depósito debe hacerse in natura, vale decir, restituyendo la misma cosa que se recibió. El depositante es propietario de ella; el depositario, simple tenedor para custodiarla, y no puede sustituirla por otra ni aun de la misma especie. Si se trata de cosas fungibles que se consumen con el primer uso, como trigo, vino o dinero, las restitución siempre debe hacerse en natura. Si se autorizara la restitución en objetos del mismo género, calidad y cantidad, se trataría ya de un mutuo (art. 1280 Código del Brasil).

Descansa este precepto, dice Manresa, en aquel gran principio moral que, relacionado con el depósito, formulara la escuela estoica por la pluma inspirada de Séneca: *Depositum reddere, per se res expetenda est*, derivando de 'él la forma de la devolución que ha de hacerse, en *individuo*, no en especie o cosa equivalente, de donde se infiere que en materia de depósito, como dice Laurent, hasta las cosas fungibles pierden esta condición a causa de que en la intención de las partes se confiaron solo para su guarda y custodia. Esta regla, cuando se trata de depósito de dinero, sufre una excepción, de la que nos ocuparemos al tratar de los llamados depósitos irregulares en los párrafos siguientes.

Si surgiere cuestión acerca de la identidad de los objetos depositados, la prueba corresponde al depositante.

44.—Depósito irregular.

Cuando el depositante permite al depositario que use del depósito, la restitución no puede hacerse ya en natura: el contrato se convierte en mutuo o comodato, según las circunstancias (art. 1602).

El principio que consagra el inc. 4 art. 1609 no tiene pues aplicación en el depósito irregular.

El depósito de una suma de dinero, en opinión de algunos, se presume como irregular, porque es muy raro que se den en custodia para ser restituidos en individuo.,

Ahora bien: ¿es depósito de cosas fungibles, sujetas a peso, número o medida, el que se constituye en las Bancos? ¿No es el dinero que se entrega, no en caja cerrada, sino a la mano,

y sin otro requisito que el de su recuento? ¿Estarán en su virtud comprendidos estos depósitos en la prescripción del art. 1602, cambiando su naturaleza jurídica, para convertirse en un préstamo mutuo?

Para deducir la verdadera doctrina legal, el pensamiento, en suma, del legislador, conviene recordar que éste art. 1602 es copia literal, reproducción fidelísima del 1671 del Proyecto de Código español, y que el comentarista ilustre del mismo, explicando la finalidad y el alcance que éste y el anterior artículo tenían, se expresa así:

“Desterramos, pues, el depósito irregular; cortamos la cuestión de si el depósito de cosas fungibles hecho a peso, número o medida, envuelve tácitamente el permiso de usar de ellas; si en el permiso presunto o expreso es además necesario usar de él para que el depósito se convierta en mutuo, y cortamos la diferencia entre el permiso expreso al tiempo del contrato, y el expreso posterior. En suma, el permiso ha de ser expreso, y en tal caso es préstamo en las cosas fungibles y comodato en las que no lo son”. (1).

45.—Sanción del deber de restituir.

La infracción de este deber del depositario, está consignada en el art. 1621: los depositarios que rehusen entregar el depósito cuando se los pida el depositante o lo mande el juez, y no mediando ninguna de las circunstancias consignadas en el art. 1616, serán condenados a devolver la cosa o su estimación y a pagar daños y perjuicios.

El valor estimativo de la cosa depositada, cuando fuere imposible la restitución en natura, debe ser el que ella tenga en el día de la restitución, para que el depositante no sufra perjuicio, recibiendo el equivalente de lo que debía entregársele.

Además, si negare el depósito y éste le fuere probado en juicio, incurrirá en el delito previsto en el art. 240 del C. P.

El depositario no puede retener la cosa bajo pretexto de justificar o de estar justificando que es de su propiedad.

Este recurso al que apelarían con frecuencia los depositarios de mala fé, les está implícitamente prohibido por el art. 1622.

La restitución no debe hacerse sino a la misma persona que confirió la cosa en depósito, o a aquella en cuyo nombre se hizo

(1) Colin et Capitan pág. 550.

o a aquélla para quién se destinó en el tiempo de constituirlo (art. 1613).

Si el depositario deviniera incapaz, la persona que asuma la administración de sus bienes, procederá inmediatamente a la restitución de la cosa depositada, y no queriendo recibirla el depositante, la consignará. El incapaz no puede ser depositario. La incapacidad sobreviniente resuelve el contrato e impide que la cosa quede bajo guarda del incapaz ni de su representante, porque las obligaciones que el depósito genera son personales.

La incapacidad puede producirse al declararse la interdicción de los locos, pródigos o malos gestores a quienes se somete a curaduría, o por la falencia o quiebra del depositario. Si el depositario fuere una mujer y contrajere matrimonio, no se requiere la autorización marital para continuar en el desempeño del depósito.

Cuando fueran dos o más los depositantes, si no fuesen solidarios y la cosa admitiera división, no podrá pedir cada uno de ellos sino su parte (art. 1615).

Si el depósito se hubiese constituido con solidaridad activa, o si la cosa depositada fuera indivisible, la obligación del depositario respecto a la restitución se rige por las reglas correspondientes.

El depositario queda eximido de restituir, el depósito a la misma persona de quien los recibió:

1.º Si aparece que la cosa pertenecía a otra persona, o que había sido robada;

2.º Si el depositante era menor de edad, o persona incapaz de contratar.

En el primer caso, está obligado a dar cuenta inmediatamente al juez, para que resuelva lo conveniente (art. 1616).

De los enunciados contenidos en los dispositivos que acabamos de transcribir, se deduce:

1.º Que la devolución de la cosa depositada debe hacerse en cuanto el depositante la pida o lo ordene el juez, aunque en el contrato se hubiese fijado un plazo para la restitución.

El plazo se extiende aquí estipulado siempre en favor del depositante, y, en consecuencia, se puede exigir la devolución en cualquier tiempo, en cambio no está obligado a aceptarla, si existe plazo en el contrato.

2.º Si bien el plazo es obligatorio para el depositario, podrá éste, exponiendo justas razones, pedir que se le exonere del de-

pósito, en cuyo caso si el depositante no la quisiera recibir podrá el juez ordenar su guarda por tercera persona que asumirá el cargo de depositario judicial.

El heredero del depositario que haya vendido la cosa que ignoraba estar depositada, solo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido, o a ceder sus acciones contra el comprador, en caso de que el precio no se le hubiera pagado (art. 1617). El heredero del depositario responde de la obligación de restituir aunque no haya asumido las obligaciones de depositario. Existiendo la cosa en su poder debe restituirla en el estado en que se encuentre, salvo los daños de que ya fuese responsable el depositario o los que resultaren de su culpa. Si la cosa perece por caso fortuito, de nada tiene que responder, salvo lo dispuesto en el art. 1618. Si el heredero enajena la cosa depositada, hay que establecer si obró de buena o de mala fé. Si obró de mala fé, esto es, sabiendo que la cosa estaba en poder del causante a título de depósito, responde no solo por las pérdidas y daños, sino por el valor actual, si no fuese posible la reivindicación. Si hubiese obrado de buena fé es necesario distinguir la enajenación a título oneroso de la enajenación a título gratuito. La ley prevé el caso de enajenación onerosa refiriéndose a la venta, a la que se equiparan la permuta y la dación en pago. En estos casos deberá prestar su cooperación para la reivindicación, y si ésta no llegare a ser posible, quedará obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador, en el caso de que el precio no se le hubiere pagado. Si la enajenación se hizo a título gratuito, debe igualmente asistir al depositante en la reivindicación y si ésta se hace imposible, pagarle el valor de la cosa que donó, estimando el precio que tuvo en la época de la donación.

Esta es la solución justa y jurídica (Huc, Aubry et Rau), porque como dice Manzoni la transferencia y la eficacia de la obligación de restituir que incumbían al depositario, no pueden, bajo ningún respeto, quedar subordinadas a la persona del heredero ni a condiciones, como la de no haber obtenido provecho alguno con la enajenación gratuita de la cosa.

46.—Lugar de la devolución.

La devolución del depósito se hará en el mismo lugar en que fué recibido, si no hubiese pacto en contrario. Los gastos de entrega serán de cuenta del depositante (art. 1619).

47.—Riesgos.

Arts. 1610, 1611, 1618)

Es de cuenta del depositante el deterioro o pérdida de la cosa sin culpa del depositario.

El depositante es siempre el dueño de la cosa y suyos son, los riesgos del caso fortuito y de la fuerza mayor: *res perit domino*.

El depositario solo es responsable, de los daños debidos a caso fortuito o fuerza mayor si estuviera en mora, vale decir, si no hubiese hecho restitución al requerírsela del depositante. La prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor es aquí, como lo es en general, de cargo del deudor en cuyo poder esté la cosa.

El depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado a entregar ésta al depositante.

Cesa la responsabilidad del depositario, si la cosa ha sido reivindicada por su dueño, o si ha perecido por caso fortuito. (art. 1618).

El depositario, ya se ha dicho, no responde por los riesgos de la cosa, debidos a fuerza mayor. Sin embargo, si el que ha recibido la guarda de una cosa la perdiera por fuerza mayor y si hubiese recibido en lugar de ella otra cosa, está obligado a entregar lo recibido al depositante, ya que lo que se entrega en lugar de la cosa pertenece al dueño de ésta. La hipótesis de este artículo alude al precio del seguro, como al caso en que la cosa perezca por culpa de tercero, prescribiendo que el valor del seguro o el precio de la indemnización, que recibiere el depositario, corresponden al depositante.

El art. 1271 del Código del Brasil, cuya primera parte reproduce el nuestro, agrega, “el depositario está también obligado en este caso, a ceder al depositante las acciones que pudiera tener contra la persona responsable, o sea contra el asegurador o el tercero culpable de la pérdida”.

Pothier, explica el contenido del artículo en estos términos: “En un tiempo de carestía y de gran escasez en el mercado, el depositario se ve compelido por el Magistrado de la ciudad a venderlo en determinado precio y a recibir la remuneración. En tal caso el depositario se releva de todas sus responsabilidades con relación al depositante restituyéndole el precio recibido”.

La segunda parte del artículo comprende dos casos:

1.º Si la cosa ha sido reivindicada por su dueño: no puede referirse sino a la cosa que fué objeto del depósito, y entonces es

obvio que el depositario queda desvinculado de toda obligación respecto al que depositó la cosa de otro, a quien deberá responder no como depositario, sino como simple gestor. También podría entenderse que se trata de la cosa recibida por el depositario en sustitución a la pérdida por fuerza mayor: en este caso cesa, naturalmente, la obligación de entregar ésta al depositante, como lo preceptúa la primera parte del artículo. La hipótesis nos parece irreal, dados los casos en que puede tener aplicación la primera parte del precepto.

2.º Si la cosa ha perecido por caso fortuito, cesa, naturalmente, toda responsabilidad del depositario, ya la pérdida se refiera a la cosa depositada o a la que fué recibida en sustitución.

48.—Renuncia del depósito.

El depositario que tenga justo motivo para no conservar el depósito, aun antes del término designado, y éste se resiste a recibirlo, podrá consignarlo.

No es contradictorio de lo dispuesto en los artículos anteriores, respecto al plazo para la restitución, obligatorio para el depositario y no para el depositante, lo prevenido en este artículo, justificándose el texto legal aún por la misma índole del contrato de depósito. Por lo mismo que es oficio de amistad y que se inspira en elevados sentimientos de orden moral, no sería justo ni equitativo obligar al depositario a seguir custodiando y guardando el depósito si por tal causa podrían acaecer graves perjuicios en su persona e intereses. El trascurso de un largo tiempo desde que el depósito se constituyó; la necesidad de ausentarse el depositario a tierras lejanas; el grave peligro de que la cosa se pierda, condicionado con el natural deseo de rehuir esta responsabilidad; he ahí, según Goyena, ejemplos de legítimas causas para la restitución del depósito antes de vencido el término (Manresa).

Los motivos han de ser reales y eficaces, agrega el autor citado, y no solo han de ser así, sino que deben alegarse con oportunidad.

49.—Depósito en hoteles y posadas.

Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles y posadas. Los hoteleros o posaderos responden de ellos como tales depositarios, con tal de que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos, y que los viajeros por su par-

te observen las prevenciones que dichos hoteleros y posaderos, o sus sustitutos, les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de los efectos. (art. 1624).

La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, comprende los daños causados en los efectos de los viajeros, tanto por falta de cuidado del dependiente de los hoteleros o posaderos, como por los extraños: pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otros sucesos de fuerza mayor, ni los que provengan de la falta (culpa) de los mismos viajeros o de las personas de su séquito, o de sus visitantes. (art. 1625).

Me parece, dice la Exposición de Motivos, más equitativos y por lo tanto más justificados los artículos que preceden tomados del Código español que los que consignaba el Código anterior que no eran sino reproducción de los 1852 a 1954 del Código de Napoleón.

El legislador español adopta, en efecto, una idea nueva de atemperación al definir la responsabilidad de los hoteleros o posaderos: la observancia por los viajeros de las prevenciones que dichos hoteleros o posaderos o sus sustitutos, les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de sus propios equipajes.

Esta mitigación de responsabilidad es absolutamente justa, si se considera el desarrollo estupendo que esta industria ha llegado a alcanzar, desde el punto de vista de la amplitud de los hoteles. Por lo demás, si es indudable que los viajeros que se encuentran en la necesidad de hallar un albergue, deben ser protegidos contra los daños que pudieran recibir, es igualmente razonable exigirles que por su parte observen las prevenciones que se les hubiesen recomendado seguir sobre el cuidado y vigilancia de sus personales efectos.

Se ha estimado, finalmente, por la doctrina jurídica contemporánea, que era excesiva la responsabilidad indefinida que se atribuía antes a los hoteleros y posaderos respecto del dinero, valores y objetos preciosos, de cuya custodia no eran efectivamente encargados, e introducida la reforma por la ley francesa del 18 de abril de 1889, ha sido imitada por los Códigos de Suiza y de Alemania, habiendo fijado el segundo como límite de responsabilidad en este caso, la cantidad de mil marcos.

A este criterio obedece lo dispuesto en el

Art. 1626. "La responsabilidad de los hoteleros y posaderos quedará limitada a 500 soles por el dinero, valores u objetos

preciosos que no les fueren realmente entregados por los viajeros para su custodia material”.

“Los hoteleros y posaderos pueden rehusar la custodia del dinero, valores u objetos preciosos, cuando su valor fuere excesivo en relación a la importancia de sus establecimientos”.

Las disposiciones que acabamos de transcribir tienen por finalidad principal la asimilación al depósito necesario del constituido por los efectos que los viajeros introducen en los hoteles y posadas.

El requisito esencial es que el viajero dé conocimiento al dueño del hotel o posada o a sus dependientes, de los efectos que introduce y la observancia por parte del depositante de las prevenciones que aquellos le hagan, sobre cuidado y vigilancia de los efectos.

Explicando Chironi el alcance de estas prescripciones, las considera harto fundadas y razonables en su severidad, porque el viajero no pueda menos que confiar su persona y sus cosas, a la honradez, vigilancia y cuidado del hotelero o posadero en cuya casa se alberga, teniendo un evidentísimo derecho a que se le presten garantías especiales de seguridad.

La asimilación al depósito necesario, y el mayor rigor en la exigencia de la responsabilidad, es un principio tradicional que remonta sus orígenes al derecho romano, fundándose por los jurisconsultos en la necesidad imprescindible a los viajeros de confiarse a la buena fé de quienes los hospedan.

Entrando al examen de los textos legales, es de observarse, como lo hace Manresa:

1.º Para que exista la responsabilidad del hotelero o posadero, es preciso que se le dé conocimiento a él o a sus dependientes de los efectos introducidos y que el viajero se conforme a las prevenciones que se le hagan. La elasticidad de este precepto es verdaderamente peligrosa, y las costumbres introducidas en grandes hoteles y aun en modestas posadas fijando en las habitaciones avisos limitadores de su responsabilidad, lo prueba cumplidamente. (1). Que entre viajero y posadero puedan me-

(1) No hay en nuestro derecho ninguna disposición especial que prevea o deniegue la posibilidad de modificar la responsabilidad por convenio. El pacto en tal sentido no puede considerarse nulo, pues solo tiene tal carácter el que excluye la responsabilidad por dolo. Ahora bien, es menester para ello un contrato y no puede bastar una declaración unilateral del hotelero o un rótulo puesto por el mismo, aunque sea muy visible y se tenga la seguridad de que lo ha leído el huésped, pues tales hechos no integran un contrato.

diar convenciones particulares con relación a la guarda y custodia de sus depósitos, no es dudoso; pero en su economía no podrán llegar, so pena de ser nulas, a disminuir la responsabilidad; a lo mas que puede llegarse será a pactar que el fondista no responda de la negligencia del viajero. Ahora bien: en la doctrina y en la jurisprudencia es dudoso que la negligencia de aquel pueda franquearle en modo total la irresponsabilidad al fondista. La ley no admite para éste mas excusa que la fuerza mayor. Una exégesis extensiva sería contraria a la letra y espíritu del código infiriéndose de aquí la posible coexistencia de la responsabilidad con la falta.

Nuestro legislador no sigue esta interpretación, del tratadista español. Acepta, mas bien la inspiración de Duvergier, excluyendo de la responsabilidad de hoteleros y posaderos, los daños que provengan de falta (entiéndase negligencia) de los mismos viajeros o de las personas de sus séquitos o de sus visitantes. (Conf. derecho alemán. Enneccerus p. 373. 6).

La ley dice, con toda claridad, que los hoteleros y posaderos responden como depositarios de los daños causados tanto por sus criados y dependientes y por los extraños. La ley emplea estas palabras en su sentido vulgar, y de aquí que se plantee el problema de si esta responsabilidad excepcional, comprende también a quien, sin carácter industrial o mercantil, recibe viajeros en su casa y con ellos los efectos que trasportan. Duvergier, fundándose en que las leyes excepcionales son siempre de interpretación restricta, limita la responsabilidad a quienes ejercen la industria de hospedería. Laurent apoyándose en el texto legal que los califica de depositarios, y de que el depósito recibido es depósito necesario, extiéndela también a esas personas. En la mente de la ley, la responsabilidad está limitada a hoteleros o posaderos, mas éste concepto debe extenderse, a todo aquel que brinda un hospedaje retribuido, cualquiera que sea su carácter. La responsabilidad rigurosa, advierte Enneccerus, solo alcanza a los hoteleros que se dedican por industria al alojamiento de extraños.

Se ha discutido también si el precepto podría beneficiar a los huéspedes, que residiendo constantemente en una localidad, se alojan en los hoteles o posadas de la misma de modo permanente. La opinión más general sostiene, con razón, que el beneficio es exclusivo para los viajeros, los cuales necesariamente han de depositar sus efectos en la fonda donde paran. Quien permanentemente reside en ella, tiene la libertad de acción, de la que no

goza quien constituye un depósito necesario. Si el artículo se funda en la asimilación a los depósitos necesarios por esa falta de libertad, surge clarísima la inaplicación del precepto.

Se ha controvertido también, acerca del alcance que debe darse a las palabras *efectos* empleada por el legislador. En sentido tradicional, entiéndese por tales, cuantas cosas el viajero pueda trasportar con él. Se ha juzgado así que los daños inferidos a las caballerías que con él lleva, eran susceptibles de indemnización, por no haber tenido en las cuabras de la posada el cuidado debido con ellas. También se comprende dentro de su sentido los valores que el viajero lleve, en suma, la interpretación amplia y no restrictiva, aunque si limitada al máximun que señala el art. 1626.

CAPITULO XI

MANDATO

50.—Concepto.

Mandato, según el Código Civil, es el contrato por el cual una persona encarga el desempeño de ciertos negocios a otra que los toma a su cargo. (art. 1617). Como definición teórica aceptamos la de Sánchez Román: "Es el mandato un contrato consensual, unilateral o bilateral, por el cual una persona (mandante) confiere su representación a otra que la acepta (mandatario) para uno o varios asuntos, sin retribución o con ella. El mandatario recibe el poder de representar al mandante a efecto de obligarlo hacia tercero y de obligar a éste hacia aquel (Aubry et Rau).

51.—Análisis del concepto.

El mandato es un contrato. Lo es por definición, en consecuencia, le son aplicables las reglas generales relativas a los actos jurídicos o contratos, tanto en lo relativo a los requisitos de su validez (arts. 1075 y siguientes) como en lo concerniente a la forma y requisitos de su constitución (arts. 1328 y siguientes).

La delaración de voluntad del mandante expresiva de su deseo de encargar al mandatario el negocio jurídico que quiere realizar, opera como oferta, y hace el rol de aceptación la declaración del mandatario asumiendo el encargo, o el simple hecho (aceptación tácita) de ejecutar el cometido.

Perfección del contrato.—El mandato se perfecciona por la aceptación del mandatario y es así un contrato consensual: el vínculo jurídico se constituye por simple voluntad de las partes.

Generalmente se le califica como contrato unilateral; pero no pocos lo ven como un acto bilateral imperfecto. En su origen, dice Alves, es un contrato unilateral, pero puede también considerársele como bilateral imperfecto, porque solo produce obligaciones para el mandante, en relación al mandatario, accidental y posteriormente a su ejecución.

Estas obligaciones no constituyen una remuneración o contrapartida de las obligaciones que asume el mandatario, y esto da fundamento a los que sostienen su unilateralidad. (1).

Esta característica no se destaca en la definición dada por nuestro art. 1627, pero aparece en las consignadas en otras legislaciones, por ejemplo, el Código Alemán (art. 242) y el Español (art. 1709), en los que al decir: "por el mandato una persona se *obliga* a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra", el acento de la relación jurídica incide, no sobre la actitud del mandante, sino sobre la del mandatario, presentando así el contrato como constitutivo de una obligación unilateral. (2)

La gratuidad del mandato que algunas legislaciones señalan como elemento esencial y como nota diferencial entre este acto y la locación de servicios o de obra, no viene considerada en nuestro derecho sino como simple presunción, sujeta a las dos taxativas que consigna el art. 1635: "El mandato se presume gratuito a falta de estipulación en contrario. Empero, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la clase a que se refiere el mandato, se supone la obligación de retribuirle".

Según este artículo el mandatario solo tiene derecho a la remuneración cuando ha sido estipulada. A él toca, por lo mismo,

(1) Para nosotros el mandato puede ser bilateral o unilateral, según que sea o no retribuido. Si se estipula retribución, será bilateral; si no se estipula será unilateral. Los reintegros de gastos a que haya podido dar lugar el cumplimiento del mandato, no influyen en su naturaleza convirtiéndolo de unilateral en bilateral; el derecho o la obligación de esos gastos o indemnización de perjuicios no son producto inmediato del contrato, aunque éste haya servido de ocasión, y sean verdaderas responsabilidades incidentales o accidentales del mismo que se solventan conforme a los principios generales (Sánchez Román, pág. 494).

(2) El art. 1984 del C. de Napoleón, define no el mandato, sino la *procuración*, o sea el instrumento por el cual se confiere el poder de representación. Aubry et Rau.

la prueba del pacto de remuneración y si este falta no podría exigir ningún pago.

No es necesario, anotan Colin y Capitan, que la estipulación de emolumentos haya sido objeto de una declaración expresa, sino que puede ser tácita, resultando bien de la profesión del mandatario, o de las circunstancias en que se ha conferido el mandato. En la práctica el mandato retribuido es más frecuente que el gratuito, ya que hay personas cuya profesión consiste precisamente en hacer cosas por cuenta ajena. (1)

Es interesante tener en cuenta que el mandato gratuito no implica, en rigor, una donación, ya que el servicio se presta sin disminución del patrimonio actual, por cuanto los gastos y daños que experimenta el mandatario, se le han de resarcir por el mandante (incs. 1.º y 2.º del art. 1644 en que no se distingue entre el mandata gratuito y el retribuido).

52.—Contenido del mandato.

La expresión "el desempeño de ciertos negocios", ¿ha de entenderse como limitativa, en el sentido de que solo los negocios jurídicos pueden ser materia del mandato? Literalmente englobaría todos los negocios posibles, ya fueren de naturaleza de hecho o de índole jurídica; pero con esta extensión de significado, no se caracterizan ni se circunscriben los negocios que pueden ser objeto del encargo. La expresión legal literalmente entendida pecaría por exceso y estaría en discordancia con los antecedentes históricos del mandato y con la regulación que a este contrato da el Código Civil. Precisa, pues, reducir el contenido de la expresión legal para limitar el concepto del mandato a aquellos servicios que son susceptibles de aparejar una función de representación, siempre que puedan prestarse obrando o no en nombre del comitente. El que administra un patrimonio es un mandatario, mientras que el que realiza trabajos domésticos para otro es un simple servidor.

En suma, pueden ser objeto del mandato todos los negocios lícitos posibles y no realizados aún, excepción únicamente de aquellos para los que la ley no admite la representación (Stolfi). El mandato dado para un negocio ya consumado debe considerarse como no otorgado (Aubry et Rau). De otro modo pueden ser objeto de mandato, aquellos servicios que consisten en la

(1) Falque - Pierrotin, pág. 113.

gestión de negocios, pero no exclusivamente de negocios jurídicos en sentido estricto. El mandato —según Aubry et Rau— no consiste en hacer actos cualesquiera, en particular actos materiales, sino únicamente actos jurídicos por cuenta ajena. (Josserand confirma: Como la representación no se consigue sino para actos jurídicos, estos son los que únicamente entran en el cuadro del mandato civil). (1)

De lo anteriormente expuesto, se deduce la necesidad de delimitar los conceptos de representación y mandato.

53.—De la representación

El concepto de representación ha sido técnicamente elaborado por el derecho alemán (Sánchez Román pag. 440. Valverde pag. 444).

Llámase representante, (dice Enneccerus) al que emite o recibe por otro (el representado) una declaración de voluntad cuyo efecto inmediato debe afectar al representante. Según esto, cabe distinguir la representación en la emisión (activa) y en la aceptación (pasiva) de declaraciones de voluntad. (Josserand 1399).

La representación activa requiere:

a) El representante tiene que realizar el negocio por su propia voluntad, nota que lo diferencia del nuncio, que emite la declaración en concepto de ajena, o sea como propia del que lo envía. De esta diferencia resultan importantes consecuencias a saber: 1.^a La declaración transmitida por nuncio o mensajero vincula al remitente aunque haya sido inexactamente transmitida. Si hubiere disconformidad esencial es posible impugnar la declaración, pero el impugnante quedaría obligado a resarcir a la otra parte el interés negativo. La declaración del representante, en cambio, solo vincula al representado dentro los límites del poder de representación. En caso de extralimitación solo surge a cargo del representado un deber de indemnizar el interés negativo si concurren los supuestos de la responsabilidad por culpa in contrahendo.—2.^a Como el nuncio no es el que concluye el negocio, no se requiere que tenga capacidad de celebrar negocios jurídicos, bastando la capacidad natural de comunicar la declara-

(1) En la doctrina tiénese por clásica la afirmación que el mandato tiene por objeto el cumplimiento de actos jurídicos, bajo cualquier forma que puede revestir, excluyendo los actos materiales. Falque-Pierrotin, citando a Durantin, Mowilon, Guillonard, Hue, Aubry et Rau, Planiol, Josserand, Colin.

ción ajena. El representante, al contrario, tiene que ser capaz de celebrar negocios jurídicos.—3.^a Solo es representante el que ejecuta el negocio en nombre de otro: en cambio el mandatario no deja de ser tal, por realizar el negocio cuyo desempeño ha tomado a su cargo, en su propio nombre.

Es representante en la recepción aquel a quien se emite una declaración para otro, cuyo efecto debe afectar a éste. En tal supuesto lo único decisivo es la voluntad del declarante dirigida a que la declaración se considere emitida al receptor como representante de la otra parte, pues para la recepción no es menester la actividad de la voluntad del que la recibe, ya que la declaración puede llegarle aun sin voluntad.

El efecto inmediato de la declaración de voluntad emitida o recibida, en pro y en contra del representado, depende de que el representante tuviera poder (facultad de representación), y de que la declaración fuera emitida por él o a él, dentro los límites de ese poder de representación. (1)

La representación puede operar en todo negocio jurídico, excluyéndosele por razones especiales en relación a algunos pocos negocios. Aunque en esta materia la técnica de nuestra legislación es muy deficiente, no falta base para afirmar que la representación es figura jurídica consistente en el hecho puro y simple de actuar un sujeto a nombre de otro. De la representación, como mero actuar *alieno domine*, se deben distinguir el poder de representación, o facultad de actuar en nombre de otro, y el mandato, que según la definición legal es el acto por el cual una persona encarga el desempeño de ciertos negocios a otra que los toma a su cargo.

Pero atendiendo a que en nuestro Código Civil están insumidas en el concepto del mandato las distintas instituciones de la representación, es preferible destacar los dos aspectos en que puede considerarse esta institución, esto es, como base u origen de la representación y como simple gestión. Bajo el primer aspecto sustenta las facultades del mandatario, representante, frente a terceros y es por esto el aspecto exterior. Como gestión, el

(1) Falque-Pierrotin señala como condiciones de la representación: 1.^a El representante debe declarar su voluntad propia. 2.^a El representante y el tercero deben tener la intención común de que los efectos de la convención que concluyen recaigan en el patrimonio del representado. 3.^a El representante debe tener el poder de representar.

mandato contempla los deberes y derechos entre mandante y mandatario constituyendo el aspecto interior de la relación jurídica. (Demogue 98. Tomo 1.º—Stolfi pag. 566 antes 665 Cod. Alemán) (1)

La representación ínsita en el mandato consiste en el hecho puro de actuar un sujeto en nombre de otro. Hay representación, dice Demogue, cuando una manifestación de voluntad emana no de aquel que naturalmente debiera hacerla, sino de otra persona, y cuyos efectos se producen, no obstante, como si la manifestación de voluntad emanase de la primera.

La gestión, sustancialmente, consiste en realizar un negocio, en nombre propio o del comitente, por encargo y cuenta de éste.

La representación puede basarse en una disposición legal, en la constitución de una persona jurídica o en una declaración de voluntad tendente a la institución de un apoderamiento o de un mandato, o de otro modo, la representación puede venir de un mandato judicial o legal, de una gestión de negocios, o de ciertas situaciones de hecho en las que existen por necesidades del crédito o la seguridad de las transacciones (Demogue).

El que tiene o adquiere la facultad de representar a virtud de un precepto de la ley, es un representante legal. (Josserand No. 1403).

En nuestro derecho son representantes legales:

a) Los órganos a quienes las leyes especiales encargan la representación de las personas jurídicas de derecho público (art. 39 y sus referencias: arts. 13 y 19 del C. de P. C.)

b) Los gerentes o administradores de las sociedades civiles y comerciales, y los jefes y presidentes de las corporaciones o entidades con personalidad jurídica de carácter privado.

c) El marido respecto a la mujer (art. 20 C. de P. C.)

d) Los que ejercen la patria potestad, la tutela o curatela con respecto a los menores o incapacitados que están bajo su potestad o guarda.

e) El marido con respecto a la sociedad conyugal (art. 168), salvo lo atinente a las necesidades ordinarias, en las que la representación corresponde también a la mujer (arts. 169 y 174).

f) El administrador de cosas comunes, solo para los efectos determinados en la ley (art. 1206) y los síndicos de las quie-

(1) Falque - Pierrotin, pág. 23.

bras con las mismas taxativas (arts. 131 y siguientes, Ley de Quiebras).

La representación tiene la extensión que esté determinada por la ley, por los estatutos de la persona jurídica y por el acto de la voluntad que la ha conferido. En este último caso se atiende no solo al texto del documento que confiere la representación, sino, especialmente, al fin con que se le ha conferido y a la relación básica, o sea, a la naturaleza del encargo, teniendo en cuenta los principios relativos a la interpretación de la declaración de voluntad. Así por ejemplo, un mandato para la administración del patrimonio solo comprenderá, en la mayoría de los casos, los negocios que puedan ser indispensables para la conservación, utilización o aumento del patrimonio objeto de la administración, pero no las enajenaciones de la sustancia de este patrimonio, (arts. 1632 y 1633). Así como la delegación no es posible siempre, la representación no se produce en todos los casos. En los actos en que es necesario que la voluntad del interesado se manifieste en forma evidente y segura, la representación no procede, ni otra forma de declaración que la directa: la adopción, el reconocimiento de un hijo, el testamento. El límite de la representación posible debe establecerse de esta manera: si trata de ejercer una autoridad, una función pública o familiar, no se puede estar representado sino para el cumplimiento de un acto determinado (salvo ciertas excepciones). La autoridad en principio es intrasmisible. De otra parte, para actos aislados no se puede hacer representar para ciertos actos de relativa importancia en que es necesario estar seguro de la voluntad del interesado mismo. Ejemplo: el otorgamiento de testamento (Demogue).

54.—Contenido de la representación.

Están en relación con el contenido de la representación los arts. 1632, 1633 y 1634 del C. C. Según estos dispositivos el mandato puede ser general o especial.

El mandato general abarca todos los negocios del mandante, pero solo puede ejercitarse de acuerdo con los poderes expresos conferidos al mandatario, porque conferidos para todos y cualquier negocio, se entiende que lo es para que se ejerza dentro de los límites trazados en el instrumento de la procuración (Alves).

Mandato especial es el que encarga un negocio, o un acto es-

pecíficamente determinado, y si éste consiste en disponer de la propiedad del mandante o gravarla, debe constar expresamente y conferirse por escritura pública.

El mandato sea especial o general, puede estar concebido en términos generales o conferir determinadas facultades. El mandato especial para determinado negocio, concebido en términos generales, solo faculta al mandatario para actos de administración. De igual modo, el mandato general, concebido en términos generales, solo confiere poderes de administración en todos los negocios de mandante. Repetimos, ha de entenderse como poderes de administración, los que tiene por fin conservar las cosas y derechos del mandante, manteniendo su patrimonio actual y futuro; todas las facultades para las que no se exige un encargo expreso constante en escritura pública, según el art. 1636. El mandato en términos generales no comprende, pues, la facultad de disponer de la propiedad del mandante o gravarla; pero no puede dejar de comprender la enajenación de las cosas que el mandante destina normalmente a la enajenación como los productos de la cosa que administra el mandatario, las cosechas, los productos de una fábrica, las mercaderías de un almacén que están bajo su administración. (Alves).

Las enajenaciones que sean propias y normales de la explotación de que se trate, siempre que no afecten la sustancia del patrimonio, se incluyen entre los actos de administración que autoriza el encargo hecho en términos generales. (1)

55.—Limitaciones del mandato

El mandatario no puede traspasar los límites del mandato.

(1) El poder puede tener una extensión muy diversa. Puede estar encaminado a la realización de uno o de varios actos jurídicos en particular, o a negocios de un cierto género, o finalmente a un cierto complejo económico de actos jurídicos de distinta clase. En esto se funda la división principal corriente de los poderes en poderes especiales, poderes genéricos y poderes generales. Pero dentro de estas categorías se observa, a su vez, la mayor variedad. Así los poderes generales son, cualitativa y cuantitativamente, extraordinariamente variados, según la naturaleza y el ámbito de eficacia que les corresponde. Pueden referirse a una industria determinada (especialmente un establecimiento mercantil), a la administración de un objeto del patrimonio en particular (por ejemplo una casa, una finca agrícola) o de todo un patrimonio, o, finalmente, a la libre actuación como representante en todos los asuntos jurídicos privados que admitan representación (poder universal). Más, también tratándose del poder especial, se señalan al representante unas veces estrechos y otras amplios límites. Se le puede dejar en libertad completa en la delineación del contenido del negocio, y, por consiguiente, en la elección de parte contraria, en la determinación del objeto y de las modalidades de la prestación y de la contraprestación, relativamente a los pactos accesorios, etc.,

Sin embargo, si el mandato se llena de una manera más ventajosa que la expresada en el poder, no abusa ni se excede el mandatario. (Art. 1634).

Si el mandatario obra en virtud de un poder que el mandante le ha conferido, la representación se circunscribe a los límites señalados en aquel. Si el mandatario traspasa esos límites no obra ya como representante del mandante; los actos que realizare mas allá de tales límites o serán un abuso o constituirán violación del mandato.

De aquí que la interpretación del mandato ha de ser siempre restrictiva, para evitar que se convierta en daño del mandante lo que éste autorizó para su utilidad y beneficio. El mandatario debe llenar, como dijo Paulo, todos los fines del mandato, *diligenter finis mandati custodiendi sunt*.

La segunda parte del artículo prevé el caso en que el mandatario se excediere en el cumplimiento de su misión para obtener mayores beneficios para su mandante, ejecutando su encargo en forma mas ventajosa que la prevista por aquel, considerando que esta actuación no comporta abuso ni exceso del man-

y cabe también limitar su arbitrio en uno u otro aspecto, y hasta cercárselo por todos los lados: poder especial ilimitado, limitado y exhaustivo.

Ahora bien, el problema capital que se plantea en este punto es el siguiente: ¿Qué es lo que determina la extensión del poder en cada caso concreto?

Cuando se trata de poderes que no crea la voluntad particular, sino la ley, ésta es también, naturalmente, la que fija la medida del poder de representación. Esto puede decirse no sólo de los llamados representantes necesarios (representantes legales en sentido estricto) tutores y curadores, cuyas facultades se regulan con toda precisión en las leyes con arreglo a la esfera de su acción, sino igualmente de aquellos otros poderes que por una ley dispositiva son inherentes a ciertas relaciones contractuales. También en estos casos, lo mismo que su existencia, la extensión del poder es determinada por la norma jurídica, unas veces de un modo absoluto—como sucede con el poder de representación atribuido en una sociedad mercantil al socio personalmente responsable (Cód. Al. de Com. Nos. 126, 170, en relación con 161, 2.º, 320, 2.º), con el liquidador de una sociedad mercantil (Cód. Al. de Com. Nos. 149, 151)—y otras veces de una manera meramente dispositiva como sucede con los poderes mercantiles legales del naviero (Cód. Al. de Com. Nos. 493, 495 s.) y del capitán del bareo (id. Nos. 526, 533).

La extensión de los poderes voluntarios, por el contrario, viene determinada ordinariamente por el contenido que el apoderamiento tenga en cada caso. Habrá que deducir, por tanto, en cada caso, de la tramitación del apoderamiento y las circunstancias que lo rodeen, hasta donde alcanza la voluntad de apoderamiento del representado o, de otro modo, si el negocio de que se trata se halla previsto por esa voluntad. En esta materia son aplicables, naturalmente, los principios generales sobre interpretación de las declaraciones de voluntad y de los actos en que la misma puede manifestarse.

Decisiva para determinar la extensión del poder será, por consiguiente, en primer lugar, la declaración expresa del principal.

datario (Manressa comentando los arts. 1714 y 1715 del C| Español).

La interpretación de las facultades conferidas al mandatario ha sido siempre muy debatida en la doctrina. El derecho romano consignaba ya el principio de que el mandatario debía ceñirse estrictamente al encargo recibido, pues no era el *dóminus negotii*: no le era permitido apartarse de las instrucciones recibidas aun practicando actos igualmente ventajosos para el mandante. Los prácticos no se limitaron a esclarecer el significado de las normas romanas, sino que desarrollan sus lógicas consecuencias, entre las cuales se encuentra el origen de la segunda parte de nuestro artículo 1634, que reproduce el art. 1859 del C. Francés y literalmente el texto de los arts. 1714 y 1715 del C. Español.

El mandato concede al mandatario sólo la facultad necesaria para el cumplimiento del negocio que él encarga. Este poder debe estar específicamente determinado ya que no puede el mandatario traspasar *los límites de su mandato*.

Si el poder ha sido otorgado para un determinado fin que ha de ser realizado mediante la actividad del apoderado, extiéndose a todos los actos jurídicos que sean necesarios para la consecución del mismo. Pudiendo obtenerse por diferentes medios el objeto propuesto, el apoderado tiene a su disposición cualquiera de ellos, a no ser que el principal le haya prohibido uno u otro expresa o tácitamente. Por consiguiente, si en el poder se indican claramente solo determinados actos jurídicos como medio para conseguir un fin, y éste puede ser obtenido de otra manera que la consignada en el poder, cabe suponer, en caso de duda, que el principal se halla también eventualmente conforme con estos otros actos. Y si el poder se refiere a un negocio que tiene meramente una función accesoria, se ha de entender, sin más, extendido al negocio principal por virtud del cual se puede únicamente celebrar aquel acto.

En el sentido que acabamos de expresar, el objeto o fin del poder conduce a una ampliación del mismo con respecto a su texto literal. Pero también puede suceder, a la inversa, que por su fin especial el poder haya de entenderse limitado a aquellos actos que sirvan para obtener este fin, aunque la declaración esté formulada con generalidad. En que condiciones semejante limitación del poder por razón de su objeto produce efectos con re-

lación a tercero y hasta qué punto resulta éste obligado a examinar la determinación del fin del negocio que ha de celebrar con el apoderado, son cuestiones que hemos de estudiar mas adelante.

Pero, mientras no se den circunstancias especiales que justifiquen un apartamiento de la declaración literal del poderdante en uno u otro sentido, el contenido objetivo de la declaración de apoderamiento constituye la única forma decisiva en punto al ámbito del poder, a favor y en contra del principal. En síntesis: Mientras el poder no haya sido especializado por la voluntad, expresa o tácitamente declarada, del principal, su extensión viene determinada por la naturaleza objetiva del negocio y, en su caso, del grupo de negocios *para los que el poder fuese otorgado*.

El mandante no es responsable de los actos realizados por el mandatario, *ultra fines mandatti*, si no los ratifica expresa o tácitamente. En tal caso el mandatario responde directamente ante el tercero, pero su obligación desaparece si hubiese informado al tercero de cuales eran sus facultades e instrucciones y no se hubiese obligado personalmente.

Objeto de la gestión.—El mandato puede referirse a asuntos del mandante o de un tercero, y aun es posible que afecte al mismo tiempo al propio mandatario, por ejemplo, si se da el encargo de cobrar un crédito para hacerse pago de una deuda del mandante, entregándole el exceso que se hubiese cobrado. Aquí se ve que la "gestión de seguridad" contiene un mandato que beneficia tanto al mandante como al mandatario; pero si se trata exclusivamente de asuntos del mandatario, faltaría por regla general la intención de vincularse y habría de suponerse que se trata únicamente de un consejo. Si éste se refiriese, por ejemplo, a la inversión de los capitales del mandante llevaría implícita una promesa de garantía.

56.—Consejo con efecto jurídico

El consejo no obliga sino en tres casos:

- 1.º Si el que lo ha recibido no habría realizado el negocio sin haber mediado el consejo;
- 2.º Si el que lo ha dado se ha hecho responsable (*perículo deo crede, bene credis*);
- 3.º Si el consejo se ha dado de mala fé y maliciosamente.

57.—Mandato cualificado o de crédito.

El mandato de crédito era ya conocido por los romanos (L. 6, 4, Dig. 171), pero no había uniformidad en las opiniones respecto a su naturaleza jurídica, prevaleciendo la que asimilaba esta operación al mandato; pero las obligaciones nacen sólo en el momento en que el mandatario cumple la promesa; antes el mandante no tiene ningún interés jurídico. Comenzada la ejecución el mandatario deviene acreedor del tercero, y el mandante se diferencia del fiador en que éste garantiza una obligación ya existente, mientras que el mandante la constituye el mismo. En el derecho moderno se considera este negocio como mixto, participando de la confianza y del mandato, o sea un contrato que está entre el contrato preliminar y la fianza de una obligación futura.

El proyecto del código de las obligaciones y de los contratos, Franco-Italiano, regula el mandato de crédito en el art. 708 correspondiente al título XX que trata de la fianza: "El que ha dado a alguno el mandato de conceder crédito a un tercero en nombre y por cuenta del mandatario mismo, queda obligado hacia éste como fiador de una deuda futura. El mandato una vez dado y aceptado, no puede ser revocado ni denunciado sino por acuerdo de ambas partes". (1)

58.—Especies del mandato.

Acabamos de ocuparnos de algunas de las formas mas destacadas del mandato; pero conviene sistematizar rigurosamente esta materia. El mandato puede ser:

- 1.^a Expreso o tácito;
- 2.^o Extrajudicial o judicial;
- 3.^a General o especial;
- 4.^o Por razón de la utilidad y beneficio que produce: a) en utilidad del mandante; b) en utilidad del mandante y mandatario; c) en utilidad de un tercero; d) en utilidad del mandante y de un tercero; e) en utilidad del mandatario y de un tercero; f) en utilidad del mandatario;
- 5.^o Entre presentes y entre asentes;
- 6.^o Privado o solemne;
- 7.^o Gratuito o retribuido.

(1) Olacoea.—Lecciones.

Mandato expreso es el que se celebra de palabra o por escrito de modo explícito, por manifestación conforme de mandante y mandatario.

Es tácito el que se entiende constituido por asentimiento de hecho, pero no expresado de palabra o por escrito. Una ley de partidas citaba como ejemplo el caso de que, estando presente la persona que fuere deudora de otra, saliera uno fiador por ella y ésta no le contradijese.

Lo interesante en este punto es no confundir el mandato tácito con la gestión de negocios.

El mandato se dice extrajudicial cuando atañe a hechos que no constituyen alguna contienda o gestión alguna ante los tribunales; y judicial en el caso contrario. El mandato judicial se rige por las disposiciones contenidas en el C. de P. C. (art. 3 a 19), pero le son aplicables las normas del título que estudiamos tanto en su aspecto interior como en su aspecto exterior.

59.—Perfección del contrato.

El mandato se perfecciona en forma expresa, por la aceptación del mandatario (art. 1622), y tácitamente por el cumplimiento que el mandatario diera al encargo (art. 1630. Ref. 242 C. de C.).

Entre ausentes la aceptación se presume cuando el negocio para el que fué conferido el mandato, se refiere a la profesión del mandatario o al ejercicio de su calidad oficial, o cuando los servicios de éste fueran ofrecidos mediante publicidad, salvo que el mandatario haga constar, sin dilación, su excusa (art. 1631. Ref. 337 C. de P. C. 241 C. de C.).

El Código no se considera de manera expresa, la constitución de un mandato en forma tácita, como lo hace el Código del Brasil (art. 1290). Huc dice a este respecto: "Debe entenderse por mandato tácito, todo mandato cuya existencia es cierta, sin que sea posible establecer de qué modo fué conferido. Así se ha juzgado que los terceros que hacen a una mujer casada suministros dentro de los límites de sus necesidades, considéranse haber recibido para este efecto un mandato tácito del marido, que quedará personalmente obligado hacia ellos. Este mandato tácito resulta muchas veces de la naturaleza de la situación respectiva de las partes y de las circunstancias que permiten considerarlo como un medio de asegurar la ejecución de un contrato anterior. Así la mujer tiene mandato tácito del marido para los gastos or-

dinarios y para ciertas operaciones; pero el marido no puede considerarse como mandatario tácito de la mujer. Este mandato tácito es el que ampara a los empleados al realizar ciertas compras al contado a nombre de sus patrones.

Pero ninguna duda surge acerca de la aceptación tácita del mandato. El silencio de parte de quien recibe un encargo, no puede interpretarse como aceptación, porque no hay obligación de responder a una oferta de mandato, y lo dispuesto en la segunda parte del artículo constituye una verdadera excepción.

Esta excepción está inspirada por la doctrina del derecho alemán. No existe una obligación de aceptar el mandato, escribe Enneccerus, sin embargo, si uno ha sido nombrado públicamente para el desempeño de un cargo consistente en la gestión o cuidado de ciertos negocios que le confían los terceros, o si se ha ofrecido a ello públicamente, estará obligado, si no quiere aceptar un mandato de esa índole, a comunicarlo sin demora al mandante. Si lo omite, está sujeto a indemnización, pero naturalmente el contrato no se perfecciona sin su voluntad.

Es oportuno considerar aquí la opinión de Sánchez Román. Se determina la perfección del contrato de mandato, dice el gran civilista español, de igual suerte que la de los demás, por la concurrencia en el hecho que le causa, de los elementos personales, o sea la doctrina de quiénes pueden o tienen capacidad para celebrarlo, de los elementos reales, o sea sobre en qué cosas puede recaer, y de los elementos formales, o sea, por último, los modos de constituirse o celebrarse el contrato, sobre todo si los tuviere especiales. De estas materias se ocupan los artículos que estudiamos en seguida.

60.—Elemento personal.

Art. 1628.—Para ser mandante o mandatario se requiere capacidad civil.

Art. 1629.—No pueden ser mandatarios:

- 1.º El ciego y el sordo mudo;
- 2.º Los magistrados judiciales.

La capacidad civil requerida para celebrar el contrato de mandato, está definida en el art. 8; son personas capaces de ejercer los derechos civiles, los que han cumplido 21 años.

Como la incapacidad de las personas mayores de 18 años cesa por emancipación, por matrimonio, y por obtener título oficial que autorice para ejercer una profesión u oficio, se in-

fiere que pueden ser mandantes o mandatarios los menores entre 18 y 21 años, si han sido emancipados, si han contraído matrimonio y si ostentan un título oficial que autoriza para ejercer profesión u oficio.

Las prohibiciones contenidas en el art. 1629, están plenamente justificadas. El ciego y el sordo mudo no pueden ser apoderados judiciales según el art. 7.º del C. de P. C.; y el inc. 1.º del art. 629 no hace sino generalizar esta prohibición, a toda clase de mandato.

En cuanto a la mujer casada que puede ejercer el poder de su marido o de un extraño, con autorización de aquel, puede igualmente ser mandante porque no está afectada su capacidad civil, y puede ser mandataria porque no está incurso en el art. 1229.

61.—Obligaciones del mandatario.

Art. 1636.—El mandato es un contrato bilateral, y genera, por esto, obligaciones para ambas partes. Las que concierne al mandatario están determinadas en los arts. 1636, 1638 y 1640. Las que incluye el primero, corresponden a dos períodos: 1.º al del ejercicio del mandato y 2.º al que sigue a su ejecución.

La obligación básica impone al mandatario el deber de desempeñar el mandato que ha admitido, “mientras dure el encargo”, vale decir, mientras no se haya producido alguna de las causas que disuelven el vínculo jurídico (art. 1649). El mandato, como todo contrato, es ley entre las partes y dado su objeto específico —el desempeño de cierto negocio— la obligación genérica de hacer la prestación prometida, se concreta a la que el mandatario, constituido en deudor del mandante, ha asumido.

De aquí:

1.º Que si la ejecución del encargo fuese imposible en el momento de constituirse el mandato, ignorando el mandatario esta circunstancia, la inejecución no le impondría responsabilidad alguna, salvo que conociéndola, hubiera garantizado el resultado, creyendo tener los medios de superarla.

2.º Que la obligación de desempeñar el encargo no se limita a lo que constituye su objeto principal. Se extiende naturalmente, a las consecuencias ordinarias y necesarias del objeto.

3.º Que es menester distinguir el mandato imperativo del meramente facultativo. Es lo primero, cuando se traza al man-

datario una línea de conducta de la que no debe apartarse; y es lo segundo, cuando se limita a indicar el objeto que debe alcanzar, dejando al mandatario la elección de los medios a emplear para la prosecución de esa finalidad.

4.º La ley acentúa la sanción que acompaña al incumplimiento de todo deber jurídico estableciendo que el mandatario que no desempeña el mandato, o lo desempeña mal, es responsable de los daños y perjuicios que resulten de la inejecución. Esta responsabilidad tiene dos taxativas: que el incumplimiento del mandatario haya generado un daño o perjuicio al mandante y que no se deba a caso fortuito o a fuerza mayor, o lo que es lo mismo, que provenga de dolo o de culpa del mandatario (arts. inc. 1.º Ref. 1992 del Código Francés).

Desempeñar el mandato quiere decir realizar todos los actos necesarios para la conclusión del negocio para el cual se hubiese conferido la representación del mandante. La responsabilidad del mandatario comprende, pues, no solo los actos realizados sino incluso los que debieran haberse llevado a cabo, o sea, la acción tanto como la omisión.

La ejecución del mandato debe ser íntegra y no parcial o incompleta. El mandato, dice García Goyena, es encargo de confianza y generalmente *nemo mandat nisi amico et fidei*, y Manresa agrega: Faltaría a la confianza y a la amistad el que en caso de muerte del mandante y también en los de interdicción o cambio de estado (art. 1308 C. del Brasil) o de renuncia (art. 1739 C. Español) del mandante, no atendiera a la conclusión del negocio o encargo ya comenzado, si su suspensión pudiera perjudicar los intereses del mandante. El texto de Javolano (L. 36, párrafos 2.º y 3.º del Digesto) en que se inspira el inc. 2.º del art. 1636, tiene plena justificación. Claro es, dice Manresa, que si el mandato abarca un fin determinado para cuya realización son menester actos distintos, no realizando el mandatario mas que los primeros, su responsabilidad será la misma que si no hubiera ejecutado el mandato. (1)

(1) Ejemplo de ejecución parcial del mandato lesivo a los intereses del mandante es el que cita Laurent, tomado de la Casación Francesa. Un propietario da orden a su mandatario para vender dos casas y emplear el precio de la venta, en la compra de ciertos valores. El mandatario consume la venta, más retiene el precio en su poder. El Tribunal de Casación falló que el mandatario debía haber comprado inmediatamente los valores encargados, según la cotización del día en que recibió el dinero, que al no hacerlo así, lesionó al mandante en sus

Art. 1636..... siendo responsable de los daños y perjuicios que resulten de la inejecución.

Esta responsabilidad, lo enseña Pothiers, es una secuela de la aceptación del mandato. "Libre el mandatario para rehusar el encargo, al no cumplirlo después de haberlo aceptado, traiciona la confianza en él depositada. La expresión "siendo responsable", quiere decir que la responsabilidad va anexa al incumplimiento, o debe entenderse limitada solo a los casos en que de la inejecución deriven realmente daños y perjuicios. La recta interpretación, en concepto de todos los autores, es en el sentido de que no hay indemnización si falta el daño. El acreedor deberá, pues, acreditar la existencia y la cuantía del perjuicio, pues solo a este título puede obtener la condena del mandatario. Este no responde, en caso de incumplimiento imputable sino dentro los límites del perjuicio que ha originado (Baudry et Walh).

La culpa del mandatario, en estos casos se presume, pues estando obligado a ejecutar el mandato le corresponde demostrar las razones por las cuales ha faltado a ese deber o lo ha llenado de manera imperfecta. En cambio, es el mandante el obligado a probar la *realidad del perjuicio* que reclama del mandatario. Pero siempre que el perjuicio causado al mandante y la culpa del mandatario aparezcan en relación de efecto y causa, será el mandatario quien deba probar la ausencia de esa relación.

La responsabilidad del mandatario comprende incluso los perjuicios que de la inejecución del mandato deriven contra tercero, ya que éste los reclamaría del sujeto verdadero de la relación jurídica, del mandante.

Inciso 2.º—Esta obligación trasciende, en cierto modo, a los herederos del mandatario. El art. 1655 estatuye que en tal emergencia, los herederos del mandatario deben ponerla en conocimiento del mandante y hacer entre tanto—mientras éste provee a su representación—, lo que las circunstancias exijan en interés de éste. Algunos han visto en esta intervención circunstancial de los herederos un mandato presunto (Alcubilla) o tácita o

intereses, porque el objeto real del mandato, según se desprendía claramente de los términos del poder, era la adquisición de aquellos valores; la venta ordenada de las casas no era sino el medio para el empleo del producto en esta especulación; por esto, al retener el precio, el mandatario violó la letra y el espíritu del mandato. Cabría preguntar, si la decisión hubiera sido la misma, si por azares de la cotización, la compra hecha al cabo de algunos días hubiera sido beneficiosa al mandante. Aplicando al supuesto al art. 1715 de nuestro código parece imponerse la respuesta negativa.

legal (Laurent); pero la intervención que la ley impone a los herederos es limitada a precaver el peligro que la desaparición del mandatario puede comportar para los intereses del mandante y no debe verse sino como una consecuencia del mandato mismo, lo que quiere decir que los herederos no quedan autorizados para continuar la gestión comenzada, sino precariamente y con la finalidad expresa que es el supuesto de hecho en que se basa el precepto.

Si los herederos del mandatario continuasen de hecho la gestión comenzada por su causante, y lo hicieren de manera útil a los intereses del mandante, estarían al amparo de las normas que regulan la gestión de negocios.

Inciso 3.º—a) El mandatario no puede traspasar los límites del mandato;

b) Debe sujetarse a las instrucciones que hubiese recibido del mandante.

Estas dos prescripciones reguladoras del ejercicio del mandato, arraigan en el derecho romano (Ley 5 ff. L. 12 avd.—Domat, Dec. III Tit. XV).

La primera función es consecuencia de la naturaleza del mandato, pues se trata de negocio que no es del mandatario, sino de su representado: el que obra por otro y para otro está necesariamente limitado por la voluntad del verdadero sujeto de cuya voluntad es órgano.

No siendo el mandatario *dominus negotio*, ha de sujetarse a las instrucciones recibidas de aquel a quien representa, pues solo de este modo puede entenderse que con sus actos obligue a éste. *Diligenter agitur fines mandata cretodiente sunt, man que escetit qued facere videtur* (Ley 5 Dig. 17, I) El mandante solamente confunde su personalidad jurídica con el mandatario, dentro de la esfera de los poderes que le confiere.—(Lafaille).

Por consecuencia lógica el madato ha de interpretarse restrictivamente.

Por la naturaleza e índole restrictiva de los mandatos expresos y especiales, ha surgido, con relación a ellos, la cuestión de si los mandatarios pueden en su ejecución verificar algunos actos conexos con su mandato, aunque en él no estén especificados. La opinión general decídese por la afirmativa, estimando que tales actos hállese virtualmente autorizados en la representación, ora a título de actos preparatorios, ora con carácter

de indeclinable consecuencia o complemento del mandato especial. Para juzgar con acierto deberá el Juez, ante todo, atenerse a la finalidad del contrato o acto jurídico encargado por el mandante, para deducir de ella la mente de éste. (Manresa).

Como consecuencia de estas obligaciones del mandatario, todo lo que hiciere excediéndose de sus facultades, no tiene fuerza obligatoria para el mandante, salvo que éste ratificase después expresa o tácitamente lo hecho por su representante, y el caso regulado por el art. 1634 (segunda parte) (1) (2)

Tampoco queda obligado el mandatario, salvo que hubiese prometido la ratificación de mandato o que se hubiese responsabilizado personalmente por los efectos del contrato.

En todo caso quedan a salvo los derechos de tercero perjudicado, en cuanto el mandante o mandatario efectúe un enriquecimiento indebido.

Estas sanciones se justifican: 1.º Respecto del tercero, que queda privado de acción tanto respecto del mandante como del mandatario, porque si no se informó de las instrucciones o extensión del mandato, incurrió en negligencia; y si conociendo que el mandatario obraba fuera de sus instrucciones, aceptó el riesgo de este abuso y es natural que cargue con sus consecuencias.

La ratificación del mandante tiene el efecto convalidante reconocido a toda ratificación, o sea el saneamiento del acto originariamente viciado.

La ratificación equivale al mandato y tiene entre las partes efecto retroactivo al día del acto, por todas las consecuencias del mandato, dice el artículo 1936 del Código Argentino, y agrega, pero sin perjuicio de los derechos que el mandante hubiese constituido a terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación. La ratificación, según el mismo Código puede ser expresa o tácita, entendiéndose que lo es de esta úl-

(1) Si el mandante resulta beneficiado con la extralimitación, en el éxito está la defensa del apoderado; o quiere decir este principio que, pasados los límites de la autorización, los actos se realizan por cuenta y riesgo del mandatario. Si este beneficia a su mandante, el acto es válido y está obligado a rendir cuenta de él, sin que pueda escudarse en el exceso de facultades para apropiarse del beneficio; pero si perjudica al mandante, responde de los perjuicios causados por la extralimitación, sin resultar obligado personalmente. (Lafaille No. 134).

(2) El art. 1907 del Código Argentino impone al mandatario el deber de abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución fuere manifestamente dañosa al mandante. Nos parece un principio obvio pues debe tenerse en cuenta la confianza que representa el mandato, y por consiguiente, el deber que asiste al que lo acepta para discernir en caso semejante.

tima manera cuando resultare de cualquier hecho del mandante que importa una aprobación de lo que hubiese hecho el mandatario; y es obvio que no ha de tratarse de actitudes equívocas o dudosas de las que no sería lícito inducir cierta voluntad de la persona cuyos intereses hubiesen sido manejados irregularmente, pues para subsanar los defectos de la gestión es indispensable, en el caso supuesto, que el interesado revele en forma indubitable su propósito de aceptar.—(Lafaille). Troplong advierte que para que la ratificación tácita exista se requiere como condición esencial que el mandante haya conocido la extralimitación del mandatario. Si tal extremo falta, no puede tomarse su silencio o su aprobación expresa como ratificación de lo que el mandatario hubiese realizado.

La extralimitación del mandato establece relaciones entre el mandante y el mandatario. El único que puede quejarse de los actos del mandatario es el mandante, porque con él ha contratado para sujetarse a ciertas condiciones; los terceros están inhabilitados para pedir la nulidad del acto. (Lafaille).

El Código argentino establece en su artículo 1943 un principio obvio que tiene interés práctico y que puede considerarse no extraño al sistema de ordenamiento de nuestra legislación. Contratando dos personas—, dice,— sobre el mismo objeto, una con el mandatario y otra con el mandante, y no pudiendo subsistir los dos contratos, subsistirá el que fuese de fecha anterior.—(Artículos 1173 y 1174 del Código Civil).

Si el mandatario ofrece la ratificación del mandante, asume las obligaciones emergentes del que promete el acto de un tercero (art. 1337).

Inciso 4.º—El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración.

“Razones de dignidad en el mandatario y el interés del mandante abonan este deber concurriendo para exigirlo la moral y la ley escrita. Cuando el mandato se considera nacido de la amistad y del afecto e inspirado en la confianza, como lo consideraba el Derecho Romano, parece, si no superfluo y en absoluto ocioso, amen- guado en su importancia este deber de la rendición de cuentas; pero la realidad se impuso para estimar tal obligación como ineludible, imperando la verdadera naturaleza del mandato como función representativa, de la que deriva con verdadera lógica el fundamento del deber de rendir cuentas”.

En el orden al tiempo, esta obligación nace, y es exigible, finido el mandato, cualquiera que sea la causa de su extinción, y en cuanto a su contenido debe ser el de una cuenta regular, detallando minuciosamente los ingresos y los gastos, con expresión de los conceptos que los hubieran motivado. En tal supuesto, no podrá estimarse como rendición de cuentas la nota expresiva del total de los ingresos y de los gastos con la remisión, si lo hubiere, del saldo a favor del mandante”.

Bevilaqua, comentando el artículo 1301 del Código del Brasil, consigna las siguientes reglas que han de observarse en la rendición de cuentas que debe hacer el mandatario:

a) Los cuerpos ciertos se entregan como fueron recibidos, con los incrementos naturales. Los deterioros no procedentes de culpa del mandatario, no le son imputables, como no le son tampoco las pérdidas debidas a caso fortuito o fuerza mayor, salvo si se le hubiere constituido en mora.

b) Por las sumas que hubiere recibido deberá intereses, desde que el mandatario fué constituido en mora.

Si hubiese empleado en su utilidad lo recibido del mandante o por su cuenta, debe pagar intereses desde el momento en que dispuso de los fondos, respondiendo por los daños que sobrevinieren al mandante.

c) No podrá compensar los perjuicios, caso de haberlos sufrido, con los lucros que su gestión hubiese procurado al mandante (art. 1295 incs. 1.º).

Se discute si la obligación de rendir cuentas puede ser dispensada por el mandante. Aceptamos la opinión de Manresa según la que esta obligación es esencial en el mandato, y por grande que sea el derecho de las partes, y por mucho que se repita que el contrato es su ley, la voluntad individual no puede derogar la esencia de las convenciones contratadas. De igual suerte que no cabe estipular una venta sin precio o sin objeto, no cabe estipular un mandato, empezando por derogar las obligaciones impuestas al mandatario. “Liberarlo de toda responsabilidad, capacitarlo incluso para cometer la culpa sin temor a la sanción, serían los resultados de convención o de pacto semejante, y con ello constituiría una violación contradictoria del interés público, de ahí su nulidad”. (1)

(1) Olacoea.—Lecciones.

La disposición del art. 1637, completa el marco de los deberes que el contrato impone al mandatario. No puede el mandatario, dice la ley, emplear en su utilidad lo que recibe del mandante, o por su cuenta. Si lo hace, comete abuso, y es responsable de los daños que sobrevengan al mandante por falta de fondos. No hay que olvidar que el mandatario no es sino representante de su comitente, que obra en su nombre y por su cuenta, para considerar como simple consecuencia de esta situación, el precepto imperativo y la sanción que lo respalda según el artículo cuyo texto hemos reproducido.

El Código del Brasil, art. 1303 dice. "que el abuso imputable al mandatario conforme al artículo acotado, es bastante para considerarlo en mora y responsabilizarlo por los intereses, pues se trata de una obligación de no hacer en las que la mora nace coetáneamente a la infracción del deber de abstención.

62.—Art. 1640.

"El mandatario está obligado a expresar en todos los negocios que celebre, que procede a nombre de su mandante".

"Es frecuente, anota Enneccerus, que al actuar en interés y por cuenta de otro no se exprese que se actúa en su nombre. El que concluye el negocio por otro, pero en nombre propio, no es su representante en sentido propio. Se le denomina representante indirecto o mediato".

El objeto del artículo es precisamente distinguir la representación directa de esa indirecta a que se refiere el art. 1645, que solo comporta obligaciones atinentes a la relación interna, o sea a las acciones que competen al mandante contra el mandatario y viceversa.

El precepto tiende, pues, a garantizar los derechos del tercero ante quien el mandatario gestiona y a desligar al mandante de las responsabilidades que aquel asume en el caso de hacerlo sin expresar que actúa a nombre del principal. Este precepto no es, como es fácil entenderlo, de observancia necesaria, de modo que su no acatamiento acarree nulidad, sino meramente limitativo de los efectos exteriores de la gestión llevada a cabo a nombre propio.

Si el representante no manifiesta que actúa en nombre de su mandante, se da el caso de representación indirecta, esto es, la que se ejercita con la intención de producir efectos primeramente respecto a si mismo, pero con el fin de trasferirlos mas tarde a otra persona, como ocurre en el negocio de comisión que el Dere-

cho Mercantil regula de manera especial. La concepción moderna del mandato comprende, como escribe Huc, dos elementos:

- 1.º El poder de obrar por cuenta del mandante;
- 2.º El poder de obrar en su propio nombre (el del mandatario).

Lo más frecuente es que estos dos elementos estén reunidos; pero pueden presentarse también separadamente, como ocurre en la comisión, e igualmente en mandatos de carácter puramente civil.

63.—Representación indirecta.

El Código Civil se ocupa también en la representación indirecta: "Cuando el mandatario obra en su propio nombre, dice el art. 1646, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante". En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de las personas con quienes ha contratado, como si el asunto fuese personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. (1)

¿Cuál es el alcance de la excepción establecida en la última parte del art. 1646? El supuesto de hecho es que el mandatario haya obrado en nombre propio respecto a cosas que son de propiedad del mandante. En tal caso el negocio no puede valer como personal del mandatario, será siempre negocio del mandante, y podrá accionar contra los terceros y éstos contra él. Si el mandatario dispone, por representación indirecta, de las cosas del mandante, obrando en su propio nombre, pero dentro los límites de su poder y con el asentimiento del mandante, éste soporta los efectos del acto ejecutado por su mandatario: tratándose, por ejemplo, de una venta, la enajenación queda consumada sin que sea necesaria una segunda transferencia del mandatario al tercero.

Pero si se trata no de enajenación, ni de otra forma de disponer de una cosa del comitente, sino de adquirir para él, el comisionista adquiere en primer lugar para sí y habrá de transferir después lo adquirido al comitente. Pero si representante y representado están de acuerdo en que la posesión (mediata) y la propiedad se adquieran para el representado, este efecto se produce en el momento mismo en que el representante adquiere, no por *constitutum possessorium*, o sea no por la tradición, al repre-

(1) Falque - Pierrotin, pág. 26, id. pág. 34.

sentante, sino por otra transmisión, consumada simultáneamente con aquella, del representante al representado.

La excepción que nos ocupa, no es sino una aplicación de un principio más vasto que no está expresamente consagrado por nuestro derecho positivo. Nos referimos a lo preceptuado en el artículo 185 del Código Alemán: "El acto de disposición realizado respecto de un objeto por quien no tenga derecho, será eficaz, no obstante, cuando se haya efectuado con el consentimiento del derecho habiente".

Esta excepción al principio fundamental que inspira el art. 1646, de reputar como obligaciones personales del mandatario las que contraiga en su nombre, es digna de alabanza — dice Manresa, — al comentar el art. 1717 del Código Español, idéntico al nuestro — porque de lo contrario quedarían completamente burlados los derechos del tercero, dándose lugar a fraudes y abusos.

No hay necesidad de insistir, — agrega el mismo autor, — sobre el alcance del contenido de la última parte de este artículo; es una simple consecuencia legítima de los derechos del mandante a pedir al mandatario la consiguiente reparación del daño causado por el incumplimiento del mandato, puesto que, omitido por aquel su carácter representativo, le priva de todas sus acciones contra terceros.

64.—Sustitución del mandato.

La sustitución es el hecho de delegar en otro, la representación de que uno ha sido investido por acto voluntario del representado. A virtud de esta sustitución el acto llevado a cabo por ese otro en nombre del principal, surte para éste los mismos efectos que si el propio mandatario los hubiera personalmente realizado.

En principio, y también legalmente, lo lógico es que aquel a quien se hace el encargo de desempeñar algún negocio, haya de desempeñarlo por si mismo. Es lo que dice la primera parte del art. 1638: El mandatario debe desempeñar personalmente el encargo que ha recibido y aceptado.

Pero si éste es el principio, la facultad de sustituir a un tercero en el mandato, no está prohibida por ningún precepto positivo, y antes bien, el mismo art. 1638, presupone que la facultad de sustitución pueda estar incluida en el contrato.

Hay, pues, dos clases de sustitución: la legítima y la arbitraria, o sea la que se hace ejercitando una facultad comprendida en el mandato y que se trasfiere a tercero por delegación del manda-

tario; y la que éste llevaré a cabo, excediéndose de los límites de su representación.

La sustitución legítima puede tener lugar de dos modos: a) delegando la representación en la persona designada por el mandante mismo; b) eligiendo el mandatario, investido de facultad expresa, la persona del sustituto. En el primer caso el mandatario queda exento de toda responsabilidad, respecto a la conducta del que lo sustituye, y de las consecuencias que de sus actos puedan derivarse para el mandante. En el segundo, el mandatario debe hacer la elección en persona capaz y solvente, pues la notoria incapacidad o insolvencia del que eligiere lo hace responsable ante el mandante, como si los actos del sustituto hubiesen sido realizados por el mismo (art. 1639).

Las legislaciones modernas parten de la idea de que los contratos que tienen por objeto *un facere*, se basan casi siempre en la confianza que el mandante pone en la persona del mandatario y que, por tanto, en *teris general*, no puede estar de acuerdo con la intención del mandante el que el mandatario encargue a otro la ejecución autónoma de la prestación que a él se le había encomendado. Con este fundamento casi todas las modernas codificaciones establecen expresamente el principio opuesto al derecho canónico: que el mandato, en el arrendamiento de servicios y de obra y en la gestión del socio, es insustituible, a no ser que se halle expresamente permitida la sustitución en el contrato, o sea ineludible en virtud de las circunstancias (sustitución necesaria).

Con respecto a la sustitución impuesta por las circunstancias, cabe aceptar la doctrina de Hupka resumida así: "El que la persona encargada de ejecutar por otra un negocio jurídico pueda ser sustituida para ese efecto por una tercera persona, dependerá esencialmente, prescindiendo de una posible declaración especial de voluntad por parte del dueño del negocio, de que el *dominus negotii* tenga o no, en relación con las circunstancias del caso, un interés digno de ser protegido en la ejecución personal del negocio por parte del mandatario. En el primer caso la sustitución será inadmisibile, y en el segundo permitida".

"La circunstancia de estar el apoderado facultado y autorizado para la sustitución no basta, naturalmente, por sí sola, para originar la obligatoriedad jurídica de los actos realizados por el sustituto con respecto al principal. Para esto se necesitan

todavía dos cosas: primeramente que el poder de sustitución se mantenga dentro de los límites del poder principal, y en segundo lugar, que tampoco el sustituto traspase los límites del poder de sustitución a él conferido. Es caso de litigio, por tanto, el tercero frente al cual haya actuado el sustituto a nombre del principal, o el sustituto mismo, tendrá que probar que la sustitución estaba autorizada y que el negocio se ajusta tanto al poder principal como al poder de sustitución”.

65.—Naturaleza jurídica de la sustitución.

Hay dos maneras de resolver la cuestión que plantea el rubro de este número. 1.º. Distinguiendo la transmisión del poder de la sustitución propiamente dicha. Esta distinción se basa en que el nombramiento de sustituto tiene un doble contenido jurídico. De una parte constituye un mandato conferido al sustituto, a virtud del cual éste se obliga al sustituyente a realizar, en su lugar, el negocio de que se trata.

Por otra parte, comporta un apoderamiento, esto es, la facultad que el sustituido otorga al sustituto para representar al principal en relación a terceros.

En el primer caso se da una transmisión, cuyo efecto es que el primer mandatario deja de serlo absolutamente, desligándose de la obligación interna, sucediéndole por entero el sustituto. La transmisión del poder, en sentido propio, requiere el asentimiento del poderdante, si se trata de un poder otorgado en interés suyo. En cambio, tratándose de un mandato otorgado solamente en interés del mandatario, éste por regla general, puede ceder a otro, sin mas, el derecho y el poder de representación. (Wach, Kuhtenbeck).

La jurisprudencia española acepta este concepto de la transmisión del mandato, no obstante que el Código Hispánico no señala diferencia alguna entre transmisión y sustitución del mandato. Cuando un mandatario (dice la sentencia del 25 de junio de 1920. Revista de Derecho Privado VIII. pag. 59), hace uso de la facultad de sustitución que el mandante le ha conferido con o sin designación de la persona del sustituto, es evidente que, cumplido en esta forma el mandato, se desliga aquel de toda relación jurídica con el mandante, salvo el caso previsto en el inc. 2.º del art. 1721, quedando en su lugar el sustituto único que desde entonces tiene el carácter de mandatario con relación al poderdante.

Sigue la misma orientación el Código Chileno al establecer que cuando la delegación ha determinado persona y ha sido expresamente autorizada por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que solo puede ser revocado por el mandante y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario. En ambas legislaciones la sustitución opera como transmisión del mandato, tiene el efecto de una novación del primitivo mandato que queda extinguido y es reemplazado por el nuevo en que el mandante queda vinculado al sustituto.

El nombramiento de un sustituto no constituye, según opinión de Hupka, acto alguno de representación que el apoderado realice, en uso del poder, a nombre del principal, sino un negocio propio del apoderado. El sustituto se halla, por consiguiente, en relación contractual y de poder solamente con el que lo ha designado, con el sustituyente; frente al principal es un mero representante de aquel en el cumplimiento de la obligación o en el ejercicio del derecho de gestión.

El código anterior reglamentó el mandato conforme a las ideas tradicionales, inspirándose en la legislación española y en el Código de Napoleón, que no permitía distinguir entre transmisión del poder y sustitución. El Código en vigor sigue la misma orientación, pero al incorporarse el art. 1641, semejante al 1925 del Código Argentino (1), introduce un elemento que rompe la unidad de la doctrina legal.

La reserva a favor del mandatario que se ha sustituido por otro en el mandato, solo tiene cabida si se admite que el nombramiento de sustituto no lo hace el mandatario en representación del mandante, sino como negocio propio.

Ahora bien, si advertimos que las consecuencias de esta manera de considerar la sustitución (como figura autónoma de la transmisión del poder) (2) son incompatibles con la reglamentación que el Código da al mandato, hay que reconocer que el

(1) Art. 1925.—Aunque el mandatario haya sustituido sus poderes, puede revocar la sustitución, cuando lo juzgue conveniente. Mientras ella subsiste, es de su obligación la vigilancia en el ejercicio de los poderes conferidos al sustituto.

(2) En la comisión nombrada para redactar el segundo proyecto del Código Civil Alemán se propuso, siguiendo el modelo del Código Prusiano I, 13 N.º 40, recoger en la ley el precepto de que aquel a quien se trasfiere la ejecución del mandato (por el mandatario) es responsable para con el mandante lo mismo que si hubiera sido encargado por éste último. Pero esta proposición fué desechada,

art. 1641 suscita una antinomia y es incoherente con la sistemática legal de este contrato. La naturaleza jurídica del mandato veda considerar la sustitución como una mera facultad conferida al mandatario para instaurar como negocio propio una nueva relación de representación, en la que el principal mandante pasa al segundo plano. Consiste mas bien, en el poder de desligarse de las obligaciones del mandato, transmitiéndolas o delegándolas en el designado por el mandante o por el propio mandatario autorizado por aquel.

El art. 1641 reclama una interpretación adecuada que salve la antinomia que suscita. Tal interpretación no puede ser sino ésta: Nuestro Código admite, implícitamente, que hay dos clases de sustitución: una de carácter transitorio, susceptible de ser revocada por el sustituyente; y otra de carácter definitivo, dirimente de la relación jurídica, que tiene el efecto de una verdadera transmisión del poder o representación. Ninguna de ellas puede tener origen en la simple voluntad del sustituyente, sino en la del principal. Admitida esta distinción, la sustitución revocable solo podrá surgir en cierta clase de negocios, no es calidad inherente a toda representación, sino que depende de la naturaleza peculiar del negocio principal que es objeto o materia del mandato. Esta discriminación se atempera a las situaciones reales que surgen de la complejidad de la vida jurídica.

Son totalmente distintos (Hupka) el hecho de que un apoderado en uso de su poder, celebre a nombre del principal, contratos de gestión de negocios, otorgando los poderes precisos para ello, y el hecho de que para la ejecución de los negocios a él confiados se sirva de un sustituto. El primer caso se dá, por ejemplo, cuando un procurador mercantil o un gerente nombra auxiliares para los negocios de su principal, con poderes para una esfera de acción determinada, o cuando el administrador de un patrimonio otorga a un procurador, poder para seguir ante los tribunales, un pleito referente a los bienes que administra. En el segundo, se trata de una transmisión del mandato; puede presentarse una sustitución de efectos limitados

después de haberse objetado contra ella por razón que un precepto semejante era superfluo en cuanto pudiera referirse a los casos en los cuales el mandatario, al encargar a otro, obra en nombre del mandante, mientras que, por otra parte, no era aplicable en los casos en que el mandatario, obrando en nombre propio, trasmite a otra persona el encargo de ejecutar el negocio a él encomendado.

instaurado como negocio propia del sustituyente y revocable por su sola voluntad. Es aquí que tiene aplicación el art. 1641.

66.—Mandato múltiple.

Hay mandato múltiple: 1.º Si en un mismo instrumento se designa a varias personas para el desempeño de un mismo encargo; 2.º Cuando el mandato hubiera sido conferido por varias personas para un negocio común. En el primer caso los mandatarios son varios; el segundo supone la pluralidad de los mandatos, siendo uno solo el mandatario. La unidad del encargo es indispensable.

Art. 1642.—El supuesto de hecho es que en un mismo instrumento se instituyan varios mandatarios para la misma gestión: dado este supuesto la regla es que el encargo se entiende sucesivo. Lo asumirá el primero entre los designados, y solo en defecto suyo corresponderá al segundo, y así sucesivamente.

Hay mandato conjunto cuando designadas varias personas para ejercer la representación, se establece que deben desempeñar la gestión que se les encomienda todas juntas; y se establece un mandato solidario cuando siendo diversos los mandatarios instituidos en un mismo instrumento y para una sola gestión, se dice que ejercerán el poder solidariamente. En este caso la relación interna derivada del mandato queda sujeta a las normas de la solidaridad.

Para que exista solidaridad se requiere, pues: a) Un mandato convencional; 2.º Instituido en el mismo instrumento y concerniente a una misma gestión.

Rigen como consecuencia de la solidaridad, las siguientes reglas:

1.º Los mandatarios no son responsables solidariamente de la culpa común (Baudry et Walh), salvo el caso en que la culpa fuere el resultado de un acuerdo, lo que la haría equivalente al dolo, es decir, que cada uno habría concurrido a la culpa del otro.

2.º Cada mandatario responde por sus hechos personales (Aubry et Rau).

3.º Si los mandatarios debían obrar conjuntamente, el que rehusa intervenir en los hechos materia del mandato aceptado en conjunto, responde de todo el perjuicio causado y los otros quedan indemnes.

4.º Si cada mandatario debiera obrar por si mismo y ninguno hace lo que debiera hacer, cada cual es responsable por su omisión. Si el objeto del mandato conjunto ha sido alcanzado por acción de uno solo de los mandatarios, los demás mandatarios no tienen de qué responder.

5.º Cuando los varios mandatarios deben actuar solidariamente, y ninguno obra, todos son solidariamente responsables de la omisión.

6.º La solidaridad sólo existe en el mandato remunerado, no así en el gratuito.

7.º Se admite que la solidaridad existe de pleno derecho entre los mandatarios comerciales.

8.º La solidaridad estipulada entre los mandatarios, produce los efectos de una solidaridad perfecta.

9.º La solidaridad estipulada se aplica a las consecuencias de la inejecución del mandato, por ejemplo, la pérdida de la cosa (1).

67.—Solidaridad activa.

Art. 1648.—Cuando el mandato ha sido constituido por muchas personas para un negocio común, cada una de ellas está obligada solidariamente por los efectos del mandato.

Se trata de un caso de solidaridad legal, y requiere, por lo mismo, que se establezca en el mismo acto y se refiera a un negocio común de los mandantes. La disposición de que tratamos, por su carácter restrictivo, no puede extenderse a relaciones jurídicas distintas del mandato. Así los árbitros no tienen acción solidaria contra las partes que los han designado, porque no son mandatarios.

La solidaridad entre mandantes conjuntos se basa, según algunos, en la voluntad presunta; para otros su fundamento estriba en que los mandantes reciben un servicio común (Laurént, Guillaouard). Bevilacqua insinúa que hay una conjunción subjetiva, la de los varios mandantes, y una objetiva, la del negocio común, que asocia y unifica a los mandantes. La ley pa-

(1) La distinción entre poderes individuales y poderes mancomunados o colectivos, no se refiere al alcance objetivo del poder de representación, sino a la medida de su competencia subjetiva. El poder para actuar independientemente puede ser concedido, no solo a una persona, sino a varias personas juntamente, es decir, de modo que ninguna de ellas por si sola, sino todas juntas, puedan representar eficazmente al principal.

ra facilitar la aceptación del mandato, siendo diferentes las situaciones de los mandantes y para dar mejor garantía a los mandatarios, atribuye la misma responsabilidad a todos y cada uno de los mandatarios.

68.—Obligaciones del mandante.

Legislación.—Art. 1644 (ampliación).—Está obligado el mandante:

1.º A satisfacer al mandatario las anticipaciones y gastos hechos en el desempeño del mandato, los intereses legales de las anticipaciones, y la retribución estipulada;

2.º A indemnizar al mandatario todas las pérdidas sufridas por causa del mandato;

3.º A cumplir estrictamente todas las obligaciones que hubiese contraído el mandatario con arreglo al poder.

La relación interna que el mandato instaura entre el mandante y el mandatario, origina derechos y obligaciones recíprocas. El artículo en examen mira el aspecto pasivo de la relación respecto del mandante.

El inciso 1.º declara que el mandante queda obligado:

a) A satisfacer las anticipaciones que el mandatario hubiera hecho para el desempeño del mandato;

b) Los gastos cubiertos por el mismo con idéntico objeto, y

c) A pagarle la retribución estipulada.

La mas obvia entre estas obligaciones —que naturalmente sólo nace en el mandato remunerado— es la de pagar la retribución convenida, lo que equivale a decir que el mandante está en el deber jurídico de hacer la contraprestación correlativa a la que el vínculo ha puesto a cargo del mandatario —desempeñar el encargo—y esto es efecto natural del carácter conmutativo del mandato retribuido: doy para que hagas.

Inciso 1.º.—Los juristas alemanes entienden —y así es sin duda— que el mandatario, a quien nada obliga a aceptar el mandato, puede exigir que el mandante le adelante los gastos o lo provea de fondos para las anticipaciones que hubiere de hacer para el desempeño del encargo; y es obvio que si hubiese tomado a su cargo voluntariamente o por convenio, esos pagos, el mandante estará en la obligación ineludible de reembolsarlos en cuanto se lo exija, ya se trate de mandato gratuito o remunerado, quedando constituido en mora si retarda la restitución, asumiendo desde ese momento la responsabilidad por los intere-

ses que devenguen las anticipaciones y gastos hechos por su cuenta. Sin proveer al mandatario de las expensas necesarias, el mandato queda incompleto, vale decir, no obligaría al mandatario a desempeñarlo. Bevilaqua advierte por esto, si el mandante no cuida de proveer al mandatario de los fondos necesarios para llevar a cabo el encargo, y deja a su arbitrio el procurárselos por sí mismo, el mandato sería incompleto, y que es preferible dejar este punto a la libre determinación de las partes.

El reembolso debido por el mandante, es independiente de que el resultado de la gestión fuere bueno o malo para el mandante, salvo el caso en que la falta de éxito se derive de culpa del mandatario (art. 1647).

Los intereses que el inciso "pone a cargo del mandante", tienen el carácter de compensatorios y se le imputan por esto desde la fecha en que el mandatario hizo los desembolsos respectivos. Al contrario, los que debe el mandatario en el caso previsto en el art. 1637, son intereses moratorios que se imputan a título de indemnización del daño derivado del abuso del mandato.

Ha de entenderse por anticipaciones, no sólo las sumas realmente gastadas por el mandatario, sino las que destine y mantenga a disposición del mandante o de los terceros con quienes contrata, para el objeto del mandato o con ocasión de él (Bevilaqua, Huc).

Huc y otros autores, admiten que para el pago de lo debido al mandatario por concepto de anticipaciones, o gastos e intereses, goza del derecho de retención sobre los objetos o fondos que estén en su poder por razón del mandato.

Inciso 2º.—La indemnización al mandatario de las pérdidas sufridas por causa del mandato, es reconocida por todas las legislaciones (C. del Brasil 1352—Cod. Chileno 1953.—Cod. Argentino 1729.—Cod. de Napoleón 2000, Español 1754, etc., etc.) Si, por ejemplo, un mandatario tuviera que hacer un viaje para ejecutar el mandato, y fuera víctima de un accidente, robo o naufragio, etc., etc., los perjuicios que le sobrevinieren, deberán serle indemnizados por el mandante, aunque no obtuviese lucro alguno de la ejecución del encargo (Huc, párrafos 98, 99.—Baudry et Walli Nos. 720, 724). Las pérdidas indemnizables son las que el mandatario no habría sufrido si no hubiese aceptado el mandato, con exclusión de las que tengan origen en su

propia culpa, y las que habría padecido aun sin mediar el mandato.

Inciso 3.º—Señala este inciso los efectos que el mandato produce para el mandante, al constituir las relaciones exteriores del negocio, esto es, los efectos que los actos llevados a cabo por el mandatario tienen en relación a los terceros con quienes contrata a nombre y por cuenta de su mandante.

La personalidad del mandatario, en los negocios que cumple por encargo de otro, se completa e integra con la del mandante (Manresa); mas aun, el hecho del mandatario es hecho del mandante (Valalá Pápale) y, por lo mismo, nunca puede considerarse a aquel como tercero con respecto a los actos que lleva a cabo a nombre del mandante (Laurent).

Estas tres proposiciones son el fundamento del Inc. 3.º en examen, que por lo mismo no es aplicable sino a los efectos del mandato conexos con la relación exterior que origina, vale decir, en las relaciones jurídicas instauradas con terceros en cabeza del mandante. Esto no obsta a ciertas restricciones o excepciones generalmente admitidas, a saber:

1.º La atribución al mandante de la totalidad de los efectos jurídicos de lo hecho por el mandatario, es operante aun tratándose de actos ilícitos;

2.º También funcionan si la relación jurídica a que se ha vinculado el mandatario comporta una contravención, que puede ser un hecho punible.

En este caso hay quien opina (Huc) que el mandante debe considerarse no solo como cómplice, sino como verdadero autor. Ciertas infracciones, dice, no pueden someterse sino por medio de un mandatario, por ejemplo, el delito de usura. En las quiebras se presentan otros casos de índole semejante (arts. de la Ley Procesal de Quiebras.

69.—Artículo 1646.

Consecuencia lógica del art. 1634 (primera parte) es que el mandante no queda obligado a lo que el mandatario hubiera hecho excediéndose de las facultades que tenía, a no ser que aquel lo ratifique después expresa o tácitamente. Tampoco queda obligado al mandatario, salvo, que hubiera prometido la rectificación del mandante, o que se hubiera responsabilizado personalmente a los efectos del contrato. Pero si del negocio que la ley desvaloriza por abuso del mandatario, resultare algún enri-

quecimiento indebido a favor del mandante o del mandatario, queda a salvo el derecho de tercero quien puede repetir por el perjuicio sufrido contra el que de los dos hubiera lucrado sin justa causa.

La gestión de un negocio ajeno, puede llevarse a cabo en tres formas:

1.º En ejecución de un mandato, dentro los límites fijados para la gestión y según las instrucciones recibidas. Es el caso normal y frecuente;

2.º Por gestión oficiosa, sin estar el mandatario investido de la representación del dueño, como mero acto de solidaridad o de la representación moral derivado de afecto o altruismo;

3.º Como acto propio de quien lo practica, usando de la confianza en él depositada por el dueño, con infracción de las obligaciones a que el art. 1634 y el inc. 3.º del art. 1636 somete al mandatario.

En el primer caso se trata del cumplimiento regular de una obligación derivada de acto jurídico válido regulado por este Título.

En el segundo caso, surgen las relaciones de gestión de negocios, típica y normal, regulada por el Título XI de esta misma Sección.

En el tercer caso se trata de un acto anómalo, de un abuso que cae bajo la sanción legal de la regla que examinamos.

La sanción, en su aspecto civil, es aquí doble en cuanto afecta las consecuencias del acto anómalo tanto en relación al mandante, cuanto a terceros que hubieran contratado con el mandatario, fuera del radio a que está circunscrita su representación. El mandante no queda vinculado por el acto del mandatario, vale decir, que nada debe a su representante, ni tampoco al tercero con quien contratara.

La razón es obvia: porque a nadie puede obligarse sin su autorización. El acto del mandatario es el acto del mandante sólo en cuanto aquel obra en ejercicio legítimo de la investidura jurídica de la representación de su mandante. Tampoco obra como parte en el negocio que instaura con el tercero a base de una arbitrariedad o abuso de su función. El acto abusivo del mandatario queda por esto desprovisto de todo efecto jurídico respecto al mandante y aun respecto del mandatario: es acto anómalo o ilícito. Queda sujeto no a las normas del mandato

que regulan los efectos normales y propios de una relación jurídica que la ley tutela como efecto querido por las partes y en cuanto son conforme al interés social, sino a las del acto ilícito (art. 1136 y siguientes).

Si realizado el acto anómalo, el mandante lo ratifica después, su intervención aprobatoria lo sana de su vicio originario y adquiere no sólo validez para el futuro, sino efecto retroactivo, en el sentido de que sus efectos se retrotraen al momento mismo del nacimiento.

“La ratificación puede hacerse por declaración al tercero o al representante, y no requiere la forma que, en su caso, se requiere para el contrato mismo. Pero la otra parte puede requerir al representado, para que se pronuncie acerca de la ratificación, aunque solo haya dudas sobre el poder con que actuara el mandatario. Si se le niega la ratificación del contrato, o si se considera denegada, el representante, en tanto no pruebe su poder de representación, está obligado, ex lege, independientemente de que sea culpable o no, al cumplimiento o a la indemnización, a elección de la otra parte.

Por regla general, en el caso de extralimitación del poder, el negocio, si no es ratificado, es respecto al representado, tan ineficaz como en el caso de falta de poder de representación, y el representante responde de igual manera. Pero si el negocio es divisible y procede admitir que la otra parte contratante, lo hubiera concluido también exclusivamente en cuanto a la parte cubierta por el poder, o si al menos posteriormente ha estado de acuerdo en el fraccionamiento del negocio, esta parte será válida para el representado, de modo que la responsabilidad del representante, se limita a la parte extralimitada. Si el representante tuviera poder de comprar mil quintales a un precio determinado por quintal, pero compra dos mil a este precio y procede admitir que el vendedor hubiese vendido también al representado solo mil, la venta es válida por estos mil en relación al representado. El representante es responsable por el resto.

Estos principios que el derecho alemán reconoce como efecto de la representación sin poder (Enneccerus, parr. 170), son aplicables al régimen jurídico del mandato en nuestro derecho positivo. La ratificación, en efecto, la concibe nuestro legislador como excepción a la ineficacia del negocio concluido sin poder.

La cuestión de si el art 1643, se refiere solo al supuesto de

poder insuficiente o involucra también el de carencia total de poder, se resuelve fácilmente en el sentido de que comprende ambos supuestos, porque la *ratio legis* es idéntica: la seguridad del otro contratante, y porque el poder insuficiente que no faculta para un determinado negocio es jurídicamente lo mismo que la falta de todo poder para ese negocio.

El Código Civil no regula la representación en cuanto a los actos unilaterales, de manera general, si bien nada se opone al empleo de la misma regulación respecto a dichos actos. "Los negocios unilaterales celebrados sin poder de representación, serán nulos por analogía a los contratos, cuyas reglas se han de aplicar con las adaptaciones que resulten de la distinta naturaleza de los negocios de que se trate".

Si el mandatario procede de acuerdo con el tercero y al realizar el acto anómalo, promete la ratificación del mandante, o asume personalmente la responsabilidad de los perjuicios que al tercero puedan afectar, se vincula en una relación directa y personal que en realidad está fuera de las relaciones internas y externas derivadas del mandato.

70.—Conclusión del mandato.

Art. 1650.—El mandato se acaba:

- 1.º Por revocación del mandante;
- 2.º Por renuncia del mandatario;
- 3.º Por muerte, interdicción o quiebra del mandante o del mandatario;
- 4.º Por concluirse el objeto para que se dió.

Enumera el legislador en forma explícita las causas que producen la conclusión del mandato, como relación jurídica contractual.

(1) Art. 1936 del Código Argentino.—La ratificación equivale al mandato, tiene entre las partes efecto retroactivo, por todas las consecuencias del mandato; pero sin perjuicio de los derechos que el mandato hubiese constituido a terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación (L. 16. Tit. 20 Dig.) Salvamos.—Dice la nota de Velez Saarsfiel—el perjuicio de terceros, porque así se ha entendido constantemente el efecto retroactivo de la ratificación. No podrá ser de otra manera sin violar los principios, porque en el tiempo que media entre el contrato del Procurador y la ratificación, el dueño conserva sus derechos sobre la cosa, por ejemplo, cuando el mandatario, sin facultades para enajenar, hubiese vendido. El podría gravar o hipotecar lo que era suyo, y lo que hiciere es completamente válido, y lo liga de tal modo que en lo sucesivo no puede hacer, ni por lo tanto ratificar, actos contrarios a las obligaciones que ya tuviera contraídas irrevocablemente respecto de terceros.

En la sistemática del código no se involucran las causas que extinguen la representación, en sentido propio, ni tampoco las que ponen término al poder, como acto unilateral que inviste al apoderado de la representación del poderdante, en especial para su representación judicial. Se trata aquí exclusivamente del acabamiento del mandato como contrato consensual, gratuito u oneroso, y en cierto modo formal (1).

El mandato se acaba por determinación del mandante, por voluntad del mandatario, por incapacidad legal (interdicción o quiebra) de uno u otro, o por la muerte de cualquiera de los interesados; y, finalmente, por la terminación del objeto para que se dió el mandato.

La enumeración legal de las causas que ponen fin a este contrato significa que son exclusivas de él, pero no excluyen otras causas genéricas (las que regulan los arts. 1234 a 1237) en cuanto pudieran ser aplicables al mandato, por ejemplo, el mutuo disenso, la extinción por ejecución, etc.

Inc. 1.º *El mandato se acaba por revocación del mandante.* Revocación es la manifestación de voluntad que hace el mandante de poner término al encargo que había hecho al mandatario, y que este aceptó expresa o tácitamente. *Finitas voluntate, finitum est mandatu.* Por excepción a la regla que en otros contratos impera, basta aquí la voluntad de una sola de las partes para disolver el vínculo jurídico. Así como basta la voluntad del mandante para iniciar la relación jurídica, que luego se perfecciona por la aceptación del mandatario, la misma ley atribuye a esa voluntad unilateral el poder de dirimir la relación jurídica.

La revocabilidad es nota característica del mandato, porque se basa en la confianza. Esto no obstante, se reconoce por lo general que puede ser irrevocable, cuando es causa integrante o complementaria de un contrato sinalagmático, esto es, cuando constituye una seguridad para tercero.

El código consagra el principio de la irrevocabilidad, pero esta no brota de las disposiciones que reglamentan el mandato.

(1) El mandato es formal, porque si se constituye en términos generales los actos que puede realizar el mandatario, son actos de mera administración. Desde un punto de vista externo, por razones de conveniencia y de seguridad es que se le atribuye este carácter, induciéndolo de los arts. 1632 y 1633, y más aun del 1066 que manda inscribir en el registro especial de mandatos los instrumentos que autorizan a una persona para la representación de otra de un modo general o para ciertos actos. M. A. Olacoea. Lecciones.

No se trata pues, de un principio absoluto, que si bien el código no hace ninguna enumeración de los casos en que puede ser irrevocable, la doctrina admite algunas excepciones, a saber:

a) El mandato deja de ser revocable cuando se hubiese otorgado no solo en interés del mandante, sino en interés de éste y de un tercero, o cuando también, el interés del mandatario estuviera implicado;

b) Cuando el mandato forma parte o es cláusula especial de un contrato sinalagmático, pues en tal caso está subordinado a una relación contractual mas amplia y sigue su suerte.

El código del Brasil consigna tres casos de irrevocabilidad del mandato:

a) Cuando se ha convenido en que el mandante no pueda revocarlo, o cuando la procuración hubiese sido dada en causa propia;

b) En general, en los casos en que fuere condición de un contrato bilateral, o un medio de cumplir una obligación convenida, como ocurre en las letras u órdenes de pago que comportan un mandato, de cancelarlas.

c) Cuando se ha conferido a un socio para la administración o liquidación de la sociedad por disponerlo así el contrato social, salvo que en los estatutos o en un texto legal se dispusiera de otro modo.

Bevilaqua comentando el art. 1517 del C. del Brasil, opina que habría sido más prudente no haber dado acogida en el código a la doctrina que admite la irrevocabilidad del mandato, porque es contraria a la esencia de esta institución. Entre nosotros, según opinión del autor del código civil, queda al arbitrio de los jueces, o a la jurisprudencia de los tribunales, el establecer los casos en que el mandato puede ser irrevocable, ya que los principios en que se basa la irrevocabilidad son sustanciales en nuestro sistema jurídico.

El artículo que comentamos expresa los efectos de la revocación, y son: que fenecido el mandato, puede el mandante exigir del mandatario las cuentas, los documentos y cuanto concierne a la comisión (art. 15 C. de P. C.)

Pero, es evidente que la revocación del mandato produce como efecto principal, el término de la representación que instituirá, y la disolución del vínculo contractual entre mandante y mandatario, vale decir, que pone fin a las relaciones internas

que genera entre ambos y hace imposible que se creen nuevas relaciones externas entre el mandatario y terceros. Naturalmente estos efectos obran solo en el futuro y carecen de todo efecto retroactivo. Para que se produzcan deben llenarse las formalidades estatuidas en el art. 1651, esto es la revocación debe notificarse no sólo al mandatario, sino a cuantos hayan intervenido o sean interesados en el negocio, (art. 143 C. de P. C.).

Esta notificación supone un mandato especial (art. 1627 II aparte) y debe hacerse personalmente, sin perjuicio de que la revocación se inscriba en el registro de mandatos (inc. 2.º del art. 1066) en resguardo de los intereses de tercero.

Si no se hace la notificación tanto al mandatario cuanto a los interesados, o si se omite la inscripción en el registro, los actos y contratos practicados por el mandatario, no tienen efecto ni pueden dañar a los que hubiesen contratado con él a título oneroso, a base del mandato inscrito en el registro del lugar de la celebración del contrato, después de la revocación (art. 1068).

Si los actos del mandatario se refieren a inmuebles quedan sujetos al régimen de esta clase de propiedad (arts. del Reglamento de Inscripciones).

Bevilaqua justifica esta disposición, igual a la del art. 1318 del C. del Brasil, con estas palabras:

“Revocado el mandato, cesan los poderes del mandatario para tratar en nombre del mandante. Pero, si la revocación no es conocida por los terceros, y estos obran bajo la convicción de que la representación continúa, es justo que el derecho venga en apoyo de su buena fe. El poderdante queda obligado a los que en esta forma trataron con el procurador destituido. Pero podrá accionar contra este, si tuvo conocimiento de la revocación. Para evitar esta situación, el poderdante cuidará de hacer conocer la revocación, o notificando judicialmente a las personas que estuvieren en tratos con el mandatario, o empleando cualquier otra forma adecuada, para que el mandatario no continúe obrando en su nombre y por su cuenta.

Revocación tácita o de hecho.—Se considera tal, el nombramiento de un nuevo mandatario para que se encargue del mismo asunto que a otro estaba confiado, pues tal nombramiento se equipara a la revocación del primer mandato, que queda finido desde

el día en que se notifica al anterior mandatario el nombramiento de su sucesor (art. 1652).

Aunque el nuevo mandato se constituyere con vicios de forma o no fuere aceptado por otra causa, la simple manifestación de voluntad del mandante en el sentido de revocar la representación que tenía conferida, que está implícita en la constitución del nuevo mandatario, es bastante, por sí sola, para la conclusión del mandato anterior.

Pero la nominación de un nuevo mandatario, solo comporta la revocación del mandato si se refiere al mismo negocio. En consecuencia, la revocación del mandato general para todos los negocios, no revoca la representación conferida especialmente para un negocio determinado, si expresamente no se hace referencia al mandato especial, así como tampoco la representación especial dada posteriormente no revoca la representación general, sino en cuanto ésta pueda incluir el objeto peculiar del nuevo mandato especial.

Advierte Bevilaqua, que hay autores que propugnan que si los mandatos no son incompatibles, el segundo no importa la revocación del primero, y que, en su concepto, solo en los casos ya indicados en que es posible la coexistencia de un mandato general con un mandato especial, es inaceptable la opinión a que se ha hecho referencia, porque la comunicación al mandatario de que ha nombrado a otra persona para el mismo negocio sin expresarle que él y el nuevo mandatario obraran conjuntamente, no puede interpretarse, sino como un desahucio del contrato preexistente.

71.—Renuncia del mandatario.

Art. 1653.—El mandatario puede renunciar el mandato, avisando al mandante.

Está, sin embargo, obligado a continuar en el desempeño de la comisión, hasta que se le reemplace.

El mandatario puede apartarse del mandato, si notifica al mandante y transcurre plazo de treinta días mas el término de la distancia.

El mandato se perfecciona por la aceptación del mandante. El vínculo jurídico nace, pues, de las manifestaciones de voluntad del mandante y mandatario, y subsiste mientras no haya otras manifestaciones que anulen el efecto jurídico de las que dieron nacimiento a la relación. Sin embargo, en el mandato la

disolución del vínculo se produce por solo acto unilateral de los interesados: revocación o renuncia.

La renuncia es una manifestación de voluntad del mandatario, en el sentido de querer cesar en la representación del mandante, de apartarse del negocio o gestión que éste le había encomendado. Para que este acto unilateral tenga el efecto de disolver la relación jurídica, la ley exige un requisito indispensable: que se dé aviso, vale decir, que se informe al mandante, de la renuncia que hace el mandatario.

Al parecer, dice Manresa, existe aquí una verdadera reciprocidad, porque a la revocación en el mandante corresponde la renuncia del mandatario, y así como la ley impone al primero que notifique al segundo, si ha de producir los efectos jurídicos consiguientes, también impone al mandatario el deber de poner su renuncia en conocimiento de su representado. Del mismo modo que en el caso de renuncia omite la ley la expresión de su forma, guarda silencio también sobre las formalidades que hayan de observarse en la renuncia.

La renuncia no exonera, desde luego al mandatario de la gestión que tiene a su cargo, pues la ley subordina sus efectos al aviso que debe darse al mandante, debiendo dicho aviso ser dado con oportunidad y en condiciones de que el mandante pueda nombrar a otro mandatario, o asumir personalmente la gestión del negocio. De aquí se infiere que si la renuncia se comunica inoportunamente el mandatario quedaría obligado a indemnizar los daños y perjuicios que pudieran derivarse contra el mandante, salvo naturalmente, que la continuación del mandato le acarrea perjuicio considerable. El abandono o apartamiento de la gestión, solo está autorizado, cuando dado el aviso respectivo al mandante, trascurren treinta días mas el término de las distancias, sin que aquel hubiese reemplazado al mandatario renunciante.

Inc. 3.º La muerte del mandante o del mandatario, su interdicción o su quiebra, producen de pleno derecho la conclusión del mandato.

La muerte del mandante pone término a su representación, pues, todos sus derechos y obligaciones pasan a sus herederos, y dejando de ser persona juris, no puede ser representado ya por el mandante. En este caso el mandatario, queda siempre sujeto a la obligación que le impone el inciso 2.º del art. 1636.

La muerte del mandatario hace imposible, de manera absolu-

ta, que pueda desempeñar las funciones del mandato, que siendo inherentes a su persona no se trasmite a sus herederos quienes solo están sometidos transitoriamente a los deberes que les impone el art. 1655, de que ya nos hemos ocupado.

Algunas legislaciones admiten el mandato para después de la muerte, así el código alemán no considera este evento entre las causas extintivas del mandato. Nuestro código suple el mandato *post mortem* mediante la institución de los albaceas, que tienen el carácter de mandatarios testamentarios, para los efectos de cuidar de los funerales del testador, de la seguridad de los bienes, incluso de su inventario judicial, de la administración de los mismos, del pago de los legados y cargas hereditarias, y de sostener la validez del testamento. Pero este mandato especialísimo no está sujeto a las normas del mandato ordinario sino a las del Título VII, de la Sección Primera, del L. Tercero.

Interdicción.—La interdicción representa una causa modificativa de la capacidad, que priva al individuo del goce de sus derechos civiles, y siendo así, basta su simple enunciación para comprender por que el legislador la ha incluido entre las causas de extinción del mandato cuando sobreviene a cualquiera de las partes. Comporta en realidad un cambio o mudanza del estado civil que incapacita al mandante para conferir su representación y al mandatario para ejercerla. (Inc. III, del art. 1316 del C. del Brasil). Igual fundamento tiene la quiebra del mandante o del mandatario, que también comporta una incapacidad relativa para la gestión de sus propios asuntos, y la ley no hace sino extender ese efecto a la gestión de los negocios ajenos, no solo porque naturalmente infiere, que no puede conferirse un cargo de confianza a quien ha fracasado en el manejo de sus propios asuntos, si no que se constituye una medida de seguridad general y en cierto modo, una sanción civil contra el que ha caído en falencia.

El Inc. 4.º que señala como causa de la extinción del mandato la conclusión del objeto para que se dió, es una consecuencia lógica de la definición de este contrato: si el encargo se da para el desempeño de uno o de ciertos negocios, es obvio que cumplido este objeto, que agota el contenido de la relación jurídica, se dé ésta por concluída.

En conclusión, terminado el mandato por cualquiera de las causas que hemos analizado, cesan los poderes de representación

conferidos mediante el mandato, pues desaparecida la causa no pueden subsistir sus efectos. Las disposiciones de los arts. 1653, 1654 y 1655 se concretan a determinar los efectos que la disolución del mandato pueden tener respecto de las partes y de terceros.

72.—Mandato y locación de servicios.

Numerosas diferencias encuentra la doctrina entre estas dos figuras jurídicas:

1.º El mandato es, teóricamente al menos, un contrato gratuito; la locación de servicios se estructura como contrato típico de los de carácter oneroso.

2.º La locación de servicios es siempre un contrato sinalagmático: El mandato a lo sumo llega a clasificarse entre los bilaterales imperfectos.

3.º El mandatario representa al mandante; habla y obra en su nombre; crea derechos en su favor u origina obligaciones en su contra. El que presta sus servicios a otro, es simplemente su empleado o subordinado, no ejerce propiamente su representación.

4.º El mandato tiene por objeto actos jurídicos; la locación, al contrario, se concreta a actos materiales. El mandatario siempre está obligado a dar cuenta de su gestión, deber que no alcanza a los obreros o empleados.

5.º Los comandantes quedan solidariamente obligados, solidaridad que no comprende a los que contratan con el mismo obrero o empleado.

6.º El que desempeña sus servicios está protegido por la legislación de accidentes del trabajo: ningún mandatario podrá invocar esta legislación de asistencia social.

7.º La resolución del contrato que puede ser también unilateral en la locación de servicios, tiene un estatuto diferente del que la norma tratándose del mandato.

El mandato que, como hemos visto, puede funcionar sin que el mandatario esté investido de la representación del mandante y en tal caso pueden las partes tomar dos actitudes muy diferentes; la una ostensible y la otra secreta.

El mandatario sin representación obra en su propio nombre, es un comisionado: los que con él contratan conocen que tras de él está el comitente por cuya cuenta hace aquel sus operaciones, lo que no impide que lo consideren como el directamente in-

interesado, bastándole su solvencia personal, no la de su comitente con quien no se vinculan jurídicamente.

Cuando se trata de un mandato oculto, disimulado a los ojos de los demás, se da el caso que los franceses denominan el *prête, non* (interposita persona): el mandatario se presenta al público como obrando personalmente y por su propia cuenta, sistemáticamente encubre la personalidad de su mandante, le sirve, por decirlo así, de pantalla, hace simplemente el rol de persona interpuesta, es considerado como el vendedor, el comprador, el prestamista, el poseedor o el que judicialmente acciona en su propio nombre, aunque en realidad no es sino el órgano o representante del comitente que cuidadosamente se oculta tras de él.

Cuando se obra de esta manera, las partes persiguen uno de estos objetos:

1.º El comitente quiere disimular su personalidad ante la otra parte. Por ejemplo, queriendo comprar un inmueble y temeroso de que por su situación de fortuna, o porque está urgido por necesidad inaplazable, se le impusieran condiciones muy onerosas para la venta, y para evitar estos inconvenientes buscará quien contrate personalmente fingiendo que lo hace para sí mismo, pero con la obligación de hacer después la transferencia respectiva.

2.º El comitente recurre a este medio porque está impedido de hacer el acto ostensiblemente y por su cuenta personal; por ejemplo, un tutor u otra persona impedida que quiere adquirir los bienes del pupilo o de otro incapaz que tiene bajo su cuidado, y se busca un tercero que aparenta comprar por su cuenta personal. En este caso el acto se disimula ante los demás y se ejecuta en fraude de la ley.

Esta forma de simulación no es nula en principio, pues, si se hace sin daño de tercero es tolerada por la ley; pero probado el fraude contra la ley, el acto es fulminado por nulidad insanable. Cabe distinguir en estos casos las relaciones que derivan entre las partes de aquellas que afectan a tercero.

Entre las partes la convención hecha por interpósita persona produce todos sus efectos, si no está prohibida por la ley, es decir, si no daña a tercero o se hace en fraude de alguna disposición legal. Las reglas del mandato se aplican, al menos en cuanto la persona que ha servido de testa debe rendir cuenta de su encargo al comitente, en particular si debe transferir la pro-

piedad de los bienes que ha adquirido, hacer entrega de los frutos naturales o civiles, del inmueble comprado en su cabeza.

Los terceros no conocen los arreglos hechos entre las partes. Contratan directamente con la persona interpuesta, que queda constituida en su acreedor o su deudor, hay que destacar que la capacidad exigida para figurar como mandatario en un mandato sin representación ostensible o disimulado, se aprecia de manera distinta que en el mandato propiamente dicho; los efectos de los actos se fijan en relación al que hace de interpósita persona, quien debe tener la capacidad personal necesaria para realizarlos. Por ejemplo, si se trata de una compra no debe tener impedimento legal para realizarla, aunque sea su comitente quien en realidad se beneficie con la adquisición. Un menor emancipado, por ejemplo, tiene aptitud para ejercer un mandato ordinario y no la tiene para adquirir un mandato sin representación; aquí se trata de la capacidad, y no del poder, el *prête-nom*, obra en su nombre personal y los actos que practica tienen efecto sobre su propio patrimonio (Josserand).

CAPITULO XII

DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

73.—Concepto

El art. 1656 da el concepto de la gestión de negocios en estos términos: El que sin ser mandatario (1) asume conscientemente el desempeño de los negocios o la administración de los bienes de otro, que lo ignora, está obligado a dirigir y manejar útilmente y en provecho del dueño, los negocios y la administración, que toma a su cargo.

El que es incapaz de aceptar un mandato, lo es igualmente para obligarse como gestor. Sin embargo, queda responsable de los daños que cause y de todo enriquecimiento indebido que efectúe.

La noción legal de esta figura jurídica tiene como supuestos de hecho: A) la existencia de bienes o negocios cuya administración o desempeño han sido abandonados por el dueño. No incluye nuestra ley la causa que motiva la gestión oficiosa: el antiguo de-

(1) "Sin ser mandatario" quiere decir sin estar obligado a serlo ya en virtud de un mandato, de un contrato de trabajo o de obra.

recho español consideraba como tal la ausencia del dueño (abandono) o su estado de demencia o cualquier otro motivo (Ley 26, Tit, XII. Part. 5). El derecho moderno, reconoce que los motivos que pueden originar la gestión son de la más diversa índole (amistad, compasión, humanidad, etc). Por ejemplo: se paga una deuda ajena, se penetra violentamente en la casa del vecino ausente y se cierra el agua porque ha estallado una cañería, se cuida a un hombre a quien se ha encontrado desamparado, se da de comer a un perro escapado de la casa de su amo, se corrige a un niño ajeno, en representación del titular de la potestad sobre el mismo, porque ha cometido una falta, etc. En estos casos se habla de gestión de negocios sin mandato (Enneccerus). Semejante auxilio mutuo, que es una obligación moral de todos los hombres, debe ser facilitado por el ordenamiento jurídico bajo ciertos requisitos y, por tanto, hay que despojar de su carácter antijurídico la interferencia en la esfera del derecho ajeno, exonerando al gestor del deber de indemnizar, otorgándole, además, una pretensión al abono de los gastos hechos por él. Por otro lado, tiene que protegerse en lo posible, al dueño del negocio contra las intervenciones perjudiciales aunque sean hechas con buen propósito. Esto es tanto más importante cuanto que el mezclarse en asuntos ajenos puede obedecer a motivos egoístas, ya a sabiendas de que el asunto es ajeno, ya creyendo de buena fé que se trata de un asunto propio (Enneccerus).

B) Asunción consciente de la administración de bienes o del desempeño de negocios ajenos, por alguien que no es mandatario del dueño ni está obligado por ningún otro motivo jurídico.

C) Ignorancia del dueño que, a pesar de la imprecisión del enunciado legal, se comprende que se refiere a su falta de conocimiento del estado en que se encuentran sus intereses, a la imposibilidad de proveer a su cuidado, como también a su ignorancia respecto a la gestión oficiosa del que los toma a su cargo. El derecho anterior (el español) consideraba tres requisitos necesarios para la existencia del cuasi contrato que nos ocupa:

- 1.º Hacer el negocio de otro;
- 2.º Hacerlo sin mandato del dueño;
- 1.º Hacerlo con ánimo de indemnizarse de sus gastos.

Los comentaristas ilustraban este punto en la forma siguiente: Si pago una deuda que yo creía ser tuya, y no lo era realmente sino mía o de otro, no tendremos obligación alguna

entre los dos; y si hago por ti solo o por mí solo un negocio que era común entre ambos, yo tendré acción contra tí y tú contra mí, según nuestra parte respectiva en el negocio.

Se entiende que yo hago tu negocio, si hago el del pupilo, comunidad o persona cualquiera de quien eres tutor, curador, mayordomo, procurador o mandatario, pues que por librarte de responsabilidad hago una cosa de que tú estabas encargado y que miraste con negligencia o dejaste abandonada; y no solo tendré acción contra tí para el recojo de mis expensas, sino también contra el dueño de los bienes o negocios de que cuidé dándole cuentas.

También hago tu negocio si en consideración a tu interés presto dinero a tu procurador o mandatario para que pueda hacer una cosa, que te concierne; y en su consecuencia tendré acción contra tí para el recobro del préstamo, y contra él en caso de que se hubiese obligado como procurador.

Si creyendo hacer el negocio de un amigo hago el de otro a quien tal vez no conozco, no tendré acción contra el amigo, sino contra el verdadero dueño del negocio, quien igual tendrá contra mí la acción de pedirme cuentas (Escriche). Planiol 2277.

Los supuestos de la gestión de negocios sin mandato en el derecho alemán son:

1.º El cuidado de un negocio o de una pluralidad determinada o indeterminada de negocios, independientemente de su naturaleza, es de derecho o de simple hecho;

2.º La gestión del negocio para otro en interés y por cuenta del mismo.

Basta en general el simple aspecto exterior para establecer si un negocio pertenece al círculo de los intereses ajenos, lo que quiere decir que este elemento se determina objetivamente, de donde se infiere que cuando el agente cree erróneamente que el negocio es propio no hay gestión de negocios. Si el negocio es por su naturaleza de carácter neutral, aquel que quiere derivar derechos de la gestión tiene que probar que ha llevado el negocio a título de ajeno, o sea, con la intención de ocuparse de un interés ajeno.

3.º Se requiere, finalmente, que el gestor de negocios no esté facultado ni obligado hacia el dueño a la gestión por consecuencias de un mandato o de otra causa; pero la creencia errónea

en la existencia de semejante derecho u obligación, no excluye el efecto de la gestión de negocios.

4.º La existencia de una gestión de negocios para el dueño, no se excluye tampoco por la circunstancia de que el agente obrase en virtud de una obligación de derecho público o privado que tuviera hacia otro. Cabe, como enseña Enneccerus, cumplir el deber propio y obrar a la vez en interés de tercero.

Según nuestro código la asunción de la administración de bienes, o la gestión de negocios ajenos, debe ser consciente, lo que significa que el gestor debe tener pleno y exacto conocimiento de que se trata de un negocio ajeno y, además, supone que procede con la intención de manejar útilmente y en provecho del dueño los bienes o negocios que toma a su cargo.

Este requisito no se confunde con la espontaneidad que también caracteriza la gestión de negocios, en cuanto se produce sin solicitud del interesado. La gestión de negocios implica, pues, como dice Josserand, la voluntad de representación, o de otro modo, la voluntad de obrar por cuenta ajena, de inmiscuirse en el patrimonio de otra persona, con pleno conocimiento de causa.

Poco importa, por lo demás, la naturaleza del acto o de los actos que se llevan a cabo, ya que a diferencia del mandato la gestión de negocios puede tener por objeto tanto actos jurídicos como actos materiales (1) (2).

La gestión de negocios ha adquirido en el derecho moderno un vasto dominio, convirtiéndose en un instrumento jurídico flexible, aplicable a las más diversas situaciones. (D. P. 1911, I, 137, 28 de febrero de 1910. Nota de Dupuch).

Se ha pretendido aun extender el dominio de la gestión de negocios a las estipulaciones en favor de tercero, como igualmente al enriquecimiento indebido; pero estas tentativas no han tenido éxito; la llamada gestión de negocios anormal no se confunde con la figura que estudiamos, porque en ella no funciona la voluntad de representación: el que estipula para otro contrata por si mismo, en su propio nombre; el beneficio del tercero

(1) D. P. 1923, I 223, 25 de junio de 1919. D. P. 1891, I, 49, nota de Planiol.

(2) Negocio en el sentido de la ley significa lo que puede ser objeto de un mandato. Lo son especialmente los actos jurídicos sobre la fortuna del dueño, como una actitud de carácter material.—Fick.

es el resultado, es un injerto practicado sobre un contrato ordinario. El que se enriquece indebidamente, no se propone absolutamente hacerlo en interés de otro.

De este modo los fronteras de la gestión de negocios quedan netamente definidas por la intención de representación: no puede haber gestión allí donde la voluntad de inmiscuirse en los negocios ajenos no figura en primer término.

Dados los supuestos de hecho, vale decir los elementos objetivos de la gestión de negocios, la ley dá por creada una relación jurídica, y se ocupa de regular sus efectos, de modo que el acto espontáneo o consciente derivado de un impulso de solidaridad social, de un sentimiento altruista, no pueda desviarse de la trayectoria que le traza la buena fé del gestor y se mantenga dentro del ordenamiento jurídico que regula las relaciones sociales dentro las normas de la buena fé, y en servicio del interés colectivo, sin descuidar la tutela de los intereses individuales.

La gestión de negocios, que trae su origen del derecho pretoriano, fué considerada en el derecho romano, en el derecho colonial y lo es aun en muchas legislaciones vigentes como un cuasi contrato. (Dig. Libro III, Tit. V; tit. XXII partida 5 y Ley XI, título tercero del Fuero Real).

El código de 1852 se ocupó de la gestión de negocios como un simple hecho lícito creador de obligaciones fundadas en el consentimiento presunto.

El derecho moderno, que repudia el concepto del cuasi contrato por no corresponder ya a ninguna categoría jurídica definida, ve en la gestión de negocios un acto unilateral de voluntad al que la ley atribuye efectos obligatorios, tanto para el gestor, oficioso, como para el dueño.

Nuestro Código Civil la reglamenta como un hecho voluntario que comporta efectos jurídicos y produce un vínculo recíproco entre las partes. Podría decirse que se inspira en Josserand definiendo la naturaleza jurídica de la gestión de negocios, como "acto unilateral en su formación y sinalagmático en sus efectos. El gestor asume por su propia determinación la administración de los bienes o la gestión de negocios ajenos, creando así por acto unilateral, un vínculo jurídico; pero se obliga a la vez a dirigir y manejar la administración o los negocios que asume, útilmente y en provecho del dueño.

74.—Elemento personal.

Este mismo artículo caracteriza el elemento personal al establecer que solo es capaz para obligarse como gestor el que tiene capacidad para aceptar un mandato (art. 1628); (1) pero en el supuesto de que asumiera una gestión el que carece de capacidad para este negocio, queda responsable de los daños que causa y de todo enriquecimiento indebido que efectúe.

Si el gestor es incapaz de celebrar negocios jurídicos o está limitado en su capacidad, dice Enneccerus, no surge por lo regular ni una obligación de llevar normalmente el negocio, ni un deber de indemnizar, sino solo una obligación de dar el enriquecimiento injusto. La responsabilidad del gestor incapaz, solo surge en el derecho alemán si la gestión de negocios coincide con el supuesto de hecho de un delito, y si el gestor es capaz de imputación, o a pesar de su inimputabilidad, está obligado excepcionalmente y por razones de equidad a mantener indemne, en todo o en parte al dueño del negocio. Planiol 2278.

Nuestro legislador se ha apartado de la solución por la que opta el código civil alemán, y sigue, mas bien, el criterio del Proyecto Franco-italiano del Código de las Obligaciones, reproduciendo la parte final del art. 61.

La aplicación del precepto que analizamos, debe hacerse teniendo presentes las disposiciones de los arts. 1142 a 1144, con la adecuación correspondiente por tratarse aquí no de un acto ilícito sino del derivado de una incapacidad personal, al que se imputa la responsabilidad por los daños que cause como simple consecuencia de la naturaleza de los actos que practica contra una implícita prohibición de la ley.

75.—E requisito del utiliter coeptum.

El art. 1656 dice explícitamente: que quien toma a su cargo, sin representación del dueño los negocios o la administración de sus bienes, queda obligado a dirigirlos y a manejarlos útilmente y en provecho de éste. (2)

(1) Este requisito—Lafaille—se refiere exclusivamente al gestor, no al dueño del negocio, que puede ser un incapaz, ya que tal circunstancia no los inhibe para responder por el enriquecimiento sin causa.

(2) Es preciso no confundir la utilidad del negocio en su significado jurídico con el provecho que saque el dueño. Un negocio puede haber sido convenientemente conducido por el dueño desde el principio hasta el fin, y tener un buen resultado, sin que el dueño se aproveche de él por alguna circunstancia independiente de la gestión y del gestor. Así un negotiorum gestor, se ha propuesto

Esta obligación se consideró en el derecho romano como correlativa a la del dueño de pagar los gastos e indemnizar los perjuicios que hiciera o soportara el gestor con motivo de la gestión. En el derecho moderno esta correlación no aparece nítidamente establecida por la ley, salvo en el código italiano cuyo art. 1144 establece: "Si el negocio fuese bien administrado, el interesado (dueño) debe cumplir las obligaciones contraídas en su nombre por el administrador, indemnizarle las que personalmente hubiera asumido y reembolsarle los gastos necesarios y útiles con los intereses respectivos desde el día que fueron hechos".

El código argentino adopta un criterio intermedio considerando la *utiliter coeptum* al iniciarse el negocio y al terminar la gestión. Si el negocio no fuese emprendido útilmente, o si la utilidad era incierta al tiempo que el gestor lo emprendió, el dueño, si no ratifica la gestión, solo responderá de los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo al fin del negocio, (art. 2301). Aunque el negocio hubiese sido útilmente emprendido, el dueño solo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestión, cuando el gestor creyó hacer un negocio por otro; o cuando hizo un negocio que era común a él y a otros, teniendo solo en mira su propio interés; o si el dueño del negocio fuese menor o incapaz y su representante legal no ratifica la gestión; o cuando hubiese emprendido la gestión del negocio por gratitud o como servicio remuneratorio.

El código del Brasil trata de este punto en varios artículos: el 1332 establece la responsabilidad del gestor hasta por los casos fortuitos cuando ha asumido la gestión contra la voluntad manifiesta o presunta del interesado; el 1336 obliga al gestor a administrar el negocio con toda su diligencia habitual bajo pena de indemnización de los daños y perjuicios, resultantes de su culpa; y el 1339, se aproxima al código italiano.

Nuestro código organiza la gestión de negocios sobre estos principios:

hacer reconocer y liquidar un crédito, y terminada la liquidación el deudor quiebra y el crédito es perdido; el acreedor en tal caso no saca ningún beneficio de la gestión, y sin embargo ella ha sido útilmente conducida. Cuando la acción del garante está fundada sobre las utilidades de la gestión, es la del *negotiorum gestor*, y si está fundada sobre el provecho que el dueño obtiene del negocio, la de *un rem verso* (Zacariae, sobre el art. 1375 del Cód. francés).

1.º Que la asunción de los negocios ajenos solo está justificada y vincula al dueño a las obligaciones que la ley establece, si la ingerencia del gestor se ha iniciado y aun se ha desenvuelto con la intención de dirigir y manejar útilmente y en provecho del dueño los negocios o la administración que ha tomado a su cargo, lo que equivale a considerar como elemento de la gestión la *utiliter coeptum* de los romanos.

Como ejemplo de la gestión emprendida útilmente, se citan invocando la autoridad de Labeone, la reparación de una casa que amenaza ruina y la curación de un esclavo enfermo.

Se ha discutido entre los romanistas cómo ha de entenderse, en sentido estricto, la intervención gestatoria (*utiliter coeptum*).

Pachioni recuerda las dos teorías que sobre el particular han elaborado los comentaristas. La teoría subjetiva pretende que la *utiliter coeptum* debe determinarse conforme a la verdadera o presunta voluntad del dueño. La teoría objetiva, decide que la *utiliter coeptum* debe establecerse teniendo en cuenta la voluntad del dueño, no en abstracto, sino en concreto, refiriéndose a la que habría tenido, siendo un hombre de inteligencia, de diligencia y seriedad medias, en las circunstancias que determinaron la gestión.

Nuestro código parece inspirarse en la teoría objetiva. El art. 1663 dice que: la utilidad (léase el provecho del dueño) o la necesidad de la gestión se apreciará, no por el resultado obtenido, sino según las circunstancias del momento en que se hizo; y si bien esta discriminación se refiere solo a los gastos hechos por el gestor, en el caso de una gestión no ratificada expresamente, es legítimo aplicar el mismo criterio respecto a las indemnizaciones que se deban al gestor, sirviendo de apoyo a esta tesis el art. 165, según el que para fijar la amplitud de la responsabilidad del gestor en caso de incumplimiento de las obligaciones que asume, el juez debe tener en cuenta las circunstancias que le indujeron a encargarse de la gestión.

Dernburg considera que la gestión es vinculante solo cuando ha sido útilmente emprendida, y que según la opinión general solo están en este caso, aquellas que tienen por objeto la conservación del patrimonio, que deben verse como negocios necesarios, pues solo en ellos puede hallarse la utilidad para el dueño

que es la base jurídica de la gestión; pero según el mismo autor, no entran en estas categorías aquellos negocios que el dueño no quería que fueran puestos en orden, no encontrando útil o provechoso hacer desembolsos con ese objeto.

Deben también considerarse como útilmente emprendidos los negocios necesarios cuando su realización correspondía a los designios o deseos del interesado. Se incluye en este caso la adquisición notoriamente ventajosa de un fundo por cuenta de un ausente, si desde tiempo atrás hubiese considerado tal adquisición como necesaria para redondear su dominio y mejorar notablemente el aprovechamiento de otro fundo contiguo. En términos generales, ha de considerarse como útil la gestión de negocios siempre que el gestor podía o debía pensar que el interesado los habría igualmente emprendido si se hallare en condiciones de obrar.

Según esto no puede darse una regla rigurosa, sino atenerse a la apreciación racional del caso concreto: no se trata de un momento simplemente objetivo, sino de un momento prevalentemente subjetivo. La gestión de negocios debe corresponder a los intereses y a la voluntad real o presunta de la persona interesada, y es por esto que no se consideran como útiles y provechosas para el dueño las operaciones distintas del giro habitual que aquel acostumbraba en sus negocios y toda gestión que se inicia contra la voluntad manifiesta o presunta, como lo establece en el art. 1660. Esta disposición que pone a cargo del gestor hasta el caso fortuito, incluyendo el dolo con que hubiese obrado posponiendo a un interés suyo propio el del dueño, viene a ratificar que según la reglamentación que nuestro código da a la gestión de negocios, la acción *gestorum* (contraria) o sea la que se da al gestor para alcanzar el reembolso de los gastos hechos o indemnización de los perjuicios sufridos con ocasión de la gestión, es correlativa a la obligación que tiene de dirigir y manejar útilmente y en provecho del dueño, los negocios o la administración que toma a su cargo.

La utilidad se aprecia al iniciarse la gestión, se califica por la buena fé y la sana intención del gestor y es independiente del resultado económico de la misma.

Nuestro código permite distinguir, como se distingue en la doctrina y jurisprudencia universales, el concepto de la *utiliter coeptum* del concepto del *diligenter gestum*, admitiendo así que

basta la iniciación útil de la gestión para asegurar al gestor el reembolso total del *quidquid impensum est*, incluso cuando el resultado de la gestión se perdiera después fortuitamente. Ejemplo: si uno hace reparar la casa de un amigo que amenaza ruina, por no poder hacerlo aquel en razón de su ausencia u otro impedimento, no quedará privado de los derechos que para él deriva la gestión, si tiempo después la casa fuere destruída por un incendio ocasional.

Hemos establecido que la *utiliter coeptum* se aprecia objetivamente, vale decir, que no se aprecia con respecto a la efectiva voluntad del dueño, sino mas bien con carácter normativo, esto es, como debiera ser dicha voluntad, como la que pone un buen padre de familia en el manejo de sus negocios. Este punto de vista no excluye que el gestor deba tener en cuenta todos los elementos que contribuyen a constituir la individualidad social y económica del dominus que serán los determinantes de su conducta en los diversos momentos de su vida. El criterio objetivo tiene que atemperarse con una prudente consideración del ambiente en que el dominus se encuentra y desenvuelve su actividad.

Ya hemos insinuado que la situación es diversa cuando el gestor obra con dolo, (posponiendo el interés del dueño al suyo propio) o contra la expresa o presunta voluntad del mismo, hipótesis que son el objeto del art 1680 del que inducimos que en los casos o supuestos de hecho de este dispositivo, queda excluída la acción del gestor para reclamar reembolso de gastos e indemnización de perjuicios, salvo la excepción que la misma ley establece en su favor, esto es, que no es responsable por el caso fortuito si prueba que habría sobrevenido igualmente, aunque se hubiese abstenido de la gestión, sin que tampoco esta excepción comprenda la *negotio gestorum* (contraria).

76.—Obligaciones del gestor.

Art. 1657.—El gestor está obligado a cumplir lo dispuesto en el art. 1336 en cuanto sea aplicable.

El código establece las obligaciones del gestor por medio de un envío o referencia a las que tiene el mandatario. El gestor estará pues obligado:

A desempeñar los negocios o la administración que ha tomado a su cargo consciente y voluntariamente, quedando responsable de los daños y perjuicios que resultaren de la inejecución.

En la gestión de negocios como en el mandato, se distinguen la relación interna, que regula el derecho de obligaciones entre el dueño y el gestor y las relaciones externas que derivan de la misma gestión, entre los terceros con quienes contrata el gestor y el dueño.

El artículo que estudiamos se refiere solo a las primeras y es aplicable tanto al caso en que la gestión es ratificada por el dueño, cuanto al caso en que faltare la ratificación expresa, según lo prescrito en el art. 1661, pues la ratificación produce los mismos efectos del mandato expreso y opera retroactivamente. Lo que quiere decir que el que asume la gestión de negocios ajenos queda obligado a llevarla a cabo como si fuera un verdadero mandatario hasta que el mandante instruido de la situación provea al cuidado de sus asuntos, bajo responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se derivaren de negligencia, imprudencia o abandono de la gestión.

Es esta responsabilidad que asume el gestor la que puede atenuarse, en relación a la que afecta al mandatario, según las circunstancias que le indujeron a encargarse de la gestión.

La amplitud de esta responsabilidad la aprecia el juez teniendo en consideración las circunstancias expresadas, moderando con prudente arbitrio los daños y perjuicios de que el gerente deba responder cuando ha incurrido en culpa.

La ley considera que la gestión de negocios solo puede justificarse por motivos serios que debe obedecer a conjurar un peligro, a evitar un daño inminente, a procurar una ventaja indiscutible, ya consista en aumento de los bienes, en el incremento de su influencia personal o de su valor social, cuanto signifique la vida y la salud del dueño.

Si estas circunstancias concurren para justificar la ingerencia en la esfera jurídica de otros, es natural que la responsabilidad del gestor se atenúe a medida que su conducta esté justificada por las circunstancias que la determinaron.

Esta es la razón del art. 1658 que se inspira directamente en el segundo aparte del art. 63 del Proyecto franco-italiano.

El gestor debe ejecutar el negocio o retener la administración que oficiosamente tomó a su cargo, aunque el dueño falleciere si la suspensión puede perjudicar a los intereses de aquella, pues se ha colocado en la misma situación, de un mandatario (inc. 2.º art. citado).

El inciso tercero no tiene aplicación tratándose de la gestión de negocios.

El gestor está obligado de la gestión o administración que ha tomado a su cargo, como lógica consecuencia de la situación en que voluntariamente se ha colocado: la obligación no nace aquí de un contrato como en el caso del mandatario, sino de un precepto explícito de la ley, que regula esta institución, no solo en amparo de los intereses del dueño, que generalmente es un ausente o un incapaz, sino en interés de la economía colectiva que necesariamente se afecta con la conservación o ruina de los intereses particulares.

La responsabilidad derivada de una gestión de negocios, por ser varios los que han asumido conscientemente el desempeño o la administración de los que interesan a otro, es solidaria. Lo declara así el art. 1659 porque la solidaridad que no deriva de un convenio expreso, solo puede basarse en una disposición legal (ref. art. 2293 C. argentino). El hecho de que nuestro código no contenga, como el código argentino, una disposición correlativa, aunque contraria, para el caso en que fueren dos o mas los dueños de los negocios o cosas que comprenden la gestión, no significa que pueda invocarse solidaridad pasiva entre aquellos, pues toda solidaridad debe nacer del contrato o de la ley, nuestro derecho no reconoce, pues, solidaridad entre los dueños en caso de que estos fueran varios.

77.—Art. 1660.

Contempla el caso en que el gestor obra contrariando el principio de la utiliter coeptum, incrementando su responsabilidad, en los tres casos que enumera:

- 1.º Cuando acomete operaciones distintas del giro habitual del dueño;
- 2.º Cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio;
- 3.º Cuando inició la gestión contra la voluntad presunta o manifiesta del dueño.

En estos casos la imprudencia, el dolo y la indebida ingerencia en la esfera jurídica ajena, son sancionados con la responsabilidad del caso fortuito, lo que quiere decir que los daños y perjuicios derivados de la gestión imprudente, dolosa, o manifiestamente contraria a la voluntad del dueño, aunque tuvieran

por causa un caso fortuito calificado, no son de cargo del dueño sino del gestor.

Este solo puede librarse del riesgo del caso fortuito, si prueba que éste habría sobrevenido igualmente, aunque se hubiese abstenido de la gestión.

78.—Art. 1661.

La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio, produce los efectos del mandato expreso y opera retroactivamente.

El dueño del negocio, al ratificar la gestión, pura y simplemente, la convierte en un mandato, y las relaciones entre él y el gestor oficioso, se regulan como si desde su iniciación fueran de mandato o mandatario. Quiere decir que el mandante acepta como si él los hubiese ordenado, todos los actos practicados por el gestor, todos los provechos y las cargas de ellos derivados, cesan las responsabilidades especiales que afectan al gestor oficioso, y no hay ya para que inquirir, si la gestión fué conducida útilmente para el dueño.

La ratificación puede ser expresa o tácita y puede producirse en cualquier tiempo, durante el curso de la gestión o después de realizada ésta (Bevilaqua sobre el art. 1543 del C. del Brasil).

La ratificación puede producirse en forma tácita, lo que ocurre si el dueño de los bienes o negocios objeto de la gestión, aprovecha las ventajas de ésta. En este caso y como consecuencia de lo establecido en el art. 1661, el dueño es responsable de las obligaciones contraídas por el gestor, y debe indemnizar a éste los gastos que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de la gestión. La misma obligación le concierne cuando la gestión hubiese tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente, aunque de ello no resultare provecho alguno.

El art. 1662 establece en esta forma las relaciones entre el dueño o el mandante, cuando aquel no ratifica expresamente la gestión.

79.—Art. 1663.

Al que antes nos hemos referido accidentalmente, establece el criterio con que debe apreciarse la utilidad y necesidad de la gestión, relativamente a los gastos hechos por el gestor, y que el

dueño debe indemnizar, aun en el caso de no ratificar expresamente la gestión. La utilidad o necesidad de tales gastos se aprecia según las circunstancias del momento en que los desembolsos se hicieron, sin tomar en consideración el resultado obtenido por el gestor. Esta disposición que comporta una excepción a lo establecido en el art. 1662 respecto a los gastos indemnizables, no comprende las obligaciones contraídas en interés del dueño por el gestor, ni los perjuicios que hubiera sufrido en el desempeño de la gestión; pero no excluye en manera alguna la acción del gestor contra el dueño, para accionar por la vía del enriquecimiento injusto, si las obligaciones contraídas en interés del dueño y los perjuicios sufridos en el desempeño de la gestión, le acarrean un evidente empobrecimiento, ya que, el supuesto de la acción a que nos referimos, está incluido en el del art. 1662 en cuanto vincula las responsabilidades del dueño, al aprovechamiento de las ventajas derivadas de la gestión.

80.—Art. 1664.

Consagra un principio reconocido por casi todas las legislaciones, al reconocer el derecho que tiene un extraño que sin conocimiento del obligado a prestar alimentos los procura al alimentario. En el caso previsto en este artículo se trata de un deber que está impuesto por la ley de modo riguroso. La persona obligada a prestar alimentos no puede rehuir esta obligación de asistencia legal, sin que el alimentario quede expuesto al abandono y a la mas cruel miseria, si los extraños que vienen en su socorro, no tuvieren el derecho a repetir por los alimentos que les suministren.

Este derecho de repetición que la ley consagra como una consecuencia jurídica de este especialísimo caso de gestión de negocios, no funciona naturalmente si el que da los alimentos procede por un sentimiento de piedad, sin ánimo de repetirlos del legalmente obligado. Autorizar la retractación de un acto de piedad, sería abrir las puertas para que la usura u otro móvil innoble, se cubran con este sentimiento altruista.

A. GUSTAVO CORNEJO.