

El comodato en nuestros días

CIRILO MARTIN-RETORTILLO
Abogado del Estado

I. DECADENCIA Y RENACIMIENTO DEL COMODATO

Es un contrato de escaso contenido económico poco menos que en desuso en los tiempos modernos, en que los móviles altruistas —vecindad, amistad o, sencillamente, compañerismo—no operan, eclipsados, por razones que no obstante sus apariencias de cordialidad responden al más puro egoísmo, a la objeción de lucro y medro personal que todo lo invade. Lo animaba un sentimiento puro de buena amistad, de ayuda mutua, de recíproca colaboración, con la idea de servir, de ser útil el uno al otro, y superar así la dificultad, que bien la escasez o la pobreza del beneficiario no hubiera podido vencer sin la generosa prestación que caracteriza a este contrato.

Por eso Ruggiero decía que el contrato de comodato parece ser de aquellos que en las relaciones normales de la vida están fuera del campo jurídico y se hallan regidos por la costumbre y los deberes de amistad; son siempre cosas de poco valor aquellas cuyo uso se prestan (un libro, un arnés, un caballo), raramente un inmueble (1). Observación que ya había apuntado don Benito Gutiérrez, y que amplió con una perfecta sistematización el insigne Clemente de Diego.

Si de por sí tiene un nexo entre las partes más afectivo que jurídico, esto determina que cuando esos sentimientos afectivos decaen y las relaciones sociales se enfrían, ya por las violencias de la lucha de clases, ya por una idea errónea de autosuficiencia que les lleva a considerar como motivo de desdoro el tener que pedir nada a nadie y por otra parte, cuando el comercio se desarrolla de tal forma que es normal la abundancia de las cosas, ello explica la decadencia del comodato en los tiempos modernos y la escasa preocupación jurídica que esta figura ha despertado en nuestra época.

(1) ROBERTO RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*. Trad. por S. Suñer y Santacruz. Ed. Reus, 1944. Tomo II, pág. 439.

CARRESTI, en *Il Comodato Il Mutuo*, Torino, 1950, contempla el comodato como una relación de cortesía y la solución adoptada por el Código de subordinar la perfección del contrato a la entrega de la cosa lejos de aparecer como una vieja reminiscencia romanística se ajusta a la esencia del negocio.

Pero terminada la Cruzada de liberación y cerradas las posibilidades importaciones nos encontramos con un déficit extraordinario en utillaje, material, en elemento de trabajo, etcétera. Ello provoca un estado de penuria, concretamente de precariedad y pobreza en determinados sectores que aviva los nobles sentimientos de ayuda y colaboración entre unos y otros ciudadanos y entonces el comodato renace en nuestra patria, generalizándose extraordinariamente y adoptando manifestaciones difíciles de prever, y surgen los inevitables pleitos, pues no obstante la esencial característica de la buena fe como tipificadora de este negocio jurídico, se producen los inevitables incumplimientos de lo pactado con la obligada secuela de los pleitos.

Es contrato de contenido económico pobre que renace en una situación transitoria si se quiere, pero de pobreza, de déficit económico como consecuencia principalmente de las devastaciones de la guerra y del bloqueo que injustificadamente impusieron a España las naciones vencedoras en la última conflagración mundial. Ante esta situación real, es el propio Estado el que por medio del Ministerio del Ejército cede a los labradores afectados por tales desastres, mulos y caballos del Ejército en número verdaderamente extraordinario para su uso en el campo español; no había casas donde pudieran vivir tantos españoles que habían perdido su hogar, y coactivamente impulsado por este estado de necesidad colectivo, se facilitaba su alojamiento temporal, característica de este contrato, a esas familias.

Es ahora precisamente cuando este contrato vuelve a recobrar actualidad y se generaliza bastante, sobre todo en ciertos sectores de la vida económica, como consecuencia del estado de penuria que la crisis económica aludida causó, sobre todo en la economía agraria de nuestro país. En ese estado de pobreza colectiva renace el contrato de comodato con su sencilla estructura convencional, utilizando los moldes clásicos, pero matizados con una mayor rigidez, precisamente por la quiebra que acusa la buena fe, base característica del clásico comodato, para suplirla con normas menos afectivas, pero más jurídicas y coactivas, porque, además, tienen una mayor estimación económica las cosas cuyo uso se cede, objeto de este contrato.

En este renacimiento del comodato en España ha sido el Estado el que ha venido a fomentar dicho contrato para dar solución o al menos atenuar el estado de necesidad a que se llegó en ciertas comarcas, especialmente en las clases agrícolas de la nación afectadas más directamente por las devastaciones de la guerra y por el brutal bloqueo a que las naciones vencedoras sometieron a España; de ahí el número considerable de caballerías que el Ministerio del Ejército cedió a los labradores e incluso la prestación de tractores propiedad de los Servicios del Estado, cuyo uso se ha facilitado a los particulares, a la vez que entre éstos se avivó la idea de ayuda mutua de colaboración amistosa

para llevarlos a la prestación de cosas de mayor valor que antiguamente, pues una de las manifestaciones del comodato de nuestros días recae en la prestación de vehículos, incluso camiones, así como sobre maquinaria agrícola de valor y cuantía extraordinaria. Con ello, como decimos se han multiplicado las incidencias entre las partes, motivando ella buen número de litigios, por cuya razón hemos creído oportuno este trabajo, encaminado a considerar principalmente especiales matices que ofrece el comodato en nuestros días.

II. CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE ESTE CONTRATO

Su concepto es de todos conocido; lo elaboró perfectamente el Derecho romano, lo recogió admirablemente nuestro Derecho histórico, como luego veremos, y la doctrina de los civilistas modernos coincide con rara excepción al señalar las características de este contrato, por lo que sólo muy brevemente hemos de referirnos a esta cuestión.

El comodato o préstamo de uso consiste en la entrega de una cosa—en posesión, no en propiedad—para hacer de ella un uso concreto y gratuito por un tiempo limitado. Estas características definen perfectamente las notas diferenciales con otros contratos afines. Así, la prestación de una bicicleta, cuando su uso es remunerado para el alquilador se convierte en contrato de arrendamiento con su característica de contrato consensual; en cambio, cuando se nos facilita el uso de la bicicleta graciosamente, aunque sea por el propio alquilador, el contrato es de comodato, con su característica de real (2).

Como decimos, se trata de un concepto perfectamente elaborado por los civilistas modernos, quienes coinciden en definir el préstamo de uso como contrato real, gratuito y unilateral por el cual el comodante entrega una cosa no fungible al comodatario para que haga de ella algún uso determinado y después se la devuelva.

Enneccerus dice que el comodato es la cesión gratuita de una cosa para su uso con estipulación de su futura devolución, estimando que es un contrato no rigurosamente unilateral. A su juicio, pueden ser objeto de comodato las cosas muebles e inmuebles, y también un determinado local de un inmueble, por ejemplo,

(2) El nuevo Código civil italiano, en su artículo 1.803, lo define diciendo que es un contrato, por el que una parte entrega a la otra una cosa mueble o inmueble a fin de que sirva por un tiempo y para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida.

El Código suizo de las Obligaciones, revisado en 1911, considera al *mutuo* y al *comodato* como contratos consensuales y bilaterales.

El nuevo Código italiano mantiene la configuración real del préstamo si quiera regule seguidamente el *pactum de mutuo*, o sea la promesa o preliminar de mutuo, que puede ser, según los casos, bilateral o unilateral.

una bodega, un sitio en un garaje, un lugar para vertedero (*comodatum loci*), criterio adverbado por la práctica corriente en muchos pueblos de España, donde se autoriza con frecuencia el uso gratuito de la era, el del esquiladero, de secadero, etc., etc, constitutivos de verdadero comodato.

Los antecedentes históricos del comodato son también claros y concretos. Este contrato quedó perfectamente elaborado en el Derecho romano. En su iniciación implicó una relación ajena al *Ius civile*, protegida por una *actio infactum* concedida por el Pretor. Después con una elaboración más completa surge el comodato propiamente dicho con una *actio comodati* directa e incluso con derecho de retención de su crédito, cuando el comodatario realice desembolso en la cosa que no se pueda considerar suficientemente compensado con el beneficio de su uso.

En el Derecho histórico español, ya en el Fuero Juzgo se perfila este contrato siquiera aparezca confundido con el mutuo y el depósito. Con más exactitud lo configura el Fuero Real en su título XVI, libro III, y en algunos fueros municipales se dibuja esta figura, aunque la nota general de estos es que omitan su regulación, no precisamente porque el comodato fuese desconocido, sino que como apunta don Benito Gutiérrez, debió quedar su regulación a las normas consuetudinarias, ya que como dice tan ilustre autor, «no es verosímil que las familias se privasen de este recurso, porque ninguna se basta a sí propia y el hombre más abundoso ha de necesitar alguna vez tomar prestadas las cosas de su vecino» (3).

Donde adquiere mayor perfección técnica este contrato es en las Leyes de Partida, cuya Ley 1.ª, título II, partida V, define este contrato en término castizo y reforzado con el ejemplo de forma que no deja lugar a dudas, las características diferenciales y la finalidad del mismo: «Commodatum es una manera de préstamo que facen los omes unos a otros, así como de caballos o de otra cosa semejante, de que se debe aprovechar aquel que la rescibió, fasta tiempo cierto. Esto se entiende cuando lo face por gracia o por amor, non tomando aquel que lo da, por ende, precio de loguero nin de otra cosa ninguna. Commodatum quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la rescibió. E todos aquellos que dijimos en las leyes del título ante deste, que pueden dar, e rescibir emprastadas las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir; esos mismos pueden dar, e recibir tal préstamo como este, que se face de las otras cosas que non son desta natura, así como de suso dijimos.»

Bien claramente el legislador de las Leyes de Partida pone de relieve la intención benéfica que según Paulo caracterizaba este contrato cuando nos dice que comodato quiere decir como «cosa

(3) BENITO GUTIÉRREZ: *Códigos. Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*. Madrid, 1871, 2.ª ed., pág. 199. Tomo V.

que es dada a pro de aquel que la recibe» y más aún cuando insistiendo sobre ello afirma «que se hace por gracia o por amor no tomando aquel que lo da por ende precio de loguero ni de otra cosa ninguna». Este concepto lo desarrollan ampliamente los doctores Jordán de Aso y De Miguel en sus conocidas «Instituciones del Derecho civil de Castilla».

Los comentaristas y autores del pasado siglo se mantienen fieles al criterio clásico. Así llegamos al proyecto del Código de 1851, que lo define diciendo:

«Es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra algunas de las cosas no fungibles para que use de ella gratuitamente y se la devuelva». Como puede apreciarse, no estuvo acertado. García Goyena al dibujar la figura de este contrato, puesto que omitió consignar que la cesión del uso de la cosa se hacía por un tiempo determinado, omisión que bien pronto advirtieron los civilistas nacionales de fines del pasado siglo, aunque en general sea por la poca importancia que a este contrato daban, apenas mereció el estudio de los mismos.

Con estos antecedentes y los que ofrecía el Código civil de Napoleón, elaboró el legislador español la figura del comodato en el Código civil vigente, a cuyo precepto vamos a referirnos seguidamente.

III. EL COMODATO SEGUN EL CODIGO CIVIL

El artículo 1.740 de nuestro Código civil define el comodato como una variedad del préstamo, diciendo que es el contrato por el que una de las partes entrega a otra «alguna cosa fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva», y copiando el artículo 1.876 del Código civil francés añade «el comodato es esencialmente gratuito», insistiendo en el siguiente artículo sobre esta característica que pudiéramos considerar esencial del comodato, al preceptuar que «si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato». Con esta reiteración queda bien caracterizado el comodato como negocio jurídico esencialmente gratuito.

Entendemos que no se desvirtúa esta característica porque ofrezca alguna ventaja para los dos contratantes, como sucede en el caso citado por Ruggiero, en el que uno presta su potro salvaje para que otro lo emplee en sus labores agrícolas y se lo devuelva domado; ni tampoco en el supuesto de que adquiera un mayor relieve la utilidad o conveniencia que derive de este contrato para el comodante, como acontece cuando preste el coche o el caballo para que otro vaya de romería o llegue a la ciudad y a la vez recoja un encargo, retire un documento o haga entrega de una carta en provecho del propio comodante, si la intención manifiesta de las partes es facilitar el uso de dicho vehículo o semoviente al comoda-

tario, siempre y cuando éste sea el cometido principal que determinó este negocio, que no queda neutralizado por la mera ventaja que a la vez pueda reportar al comodante. Incluso en el caso citado por Planiol de cesión de un derecho personal de caza a título gratuito en un predio de su propiedad, el beneficio puede alcanzar al comodante si por la abundancia de la caza se dificulta o impide el desarrollo de las plantas y su normal cultivo; el propietario cede el uso gratuito de un derecho de caza, móvil principal del contrato, del que también deriva beneficio para el comodante, puesto que con la eliminación de las especies de roedores favorece la explotación agrícola que antes era poco menos que imposible. Ni tampoco pierde sus características cuando la prestación del uso de la cosa, postulada por el comodatario, se facilita mediante su exhibición la venta de la misma.

El artículo 1.741 preceptúa que el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. Ciertamente que así ocurre, y ello es conforme a la tradición jurídica, pero la expresión empleada no es del todo acertada, puesto que en cierto modo viene a significar que sólo cabe el comodato sobre cosas propiedad del comodante, y ello no es así, puesto que recayendo este contrato sobre el uso de una cosa, puede establecerse sobre aquélla cuya propiedad no nos pertenezca. Basta con que tenga el comodante el uso y goce sobre las mismas atribuido en forma no personalísima para que le sea lícito la cesión del uso de dicha cosa. Por eso decía Pella y Forgas que pueden entregar en comodato no sólo los propietarios, sino los que detentan las cosas en cualquier forma o título jurídico.

Lo que realmente preceptúa nuestro Código en este artículo es que el comodatario sólo adquiere el uso de la cosa exclusivamente la utilización de la misma, el valerse de ella para atender a una necesidad transitoria y circunstancial, pero en ningún caso adquiere «los frutos» que dicha cosa pueda producir, ya que en otro caso este contrato perdería sus características para convertirse en un usufructo temporal (4).

Se ha discutido mucho, más que por los tratadistas ante los Tribunales, el alcance y extensión del uso para el que se entregaba la cosa. ¿Es para todo lo que ésta pueda servir? ¿Es sólo para uno concreto? Y apoyándose en antecedentes históricos se llegaba a la conclusión de que la cesión de la cosa se hacía para un *uso determinado*. La discusión hoy es bizantina, ya que dado los términos del artículo 1.741 del Código civil el comodatario «adquiere el uso de la cosa» naturalmente en toda su amplitud, si bien queda limitado en cuanto al modo y al momento de utilización de la misma, sin perjuicio, claro está, de que se establezcan por las partes limitaciones o condicionamiento de ese uso, bien impidien-

(4) El T. S., en reciente sentencia de la S. 4.^a de 30 de junio de 1953, declara que como en el comodato «no se transmite la propiedad ni la posesión *abstractu sensu*» de la cosa entregada no puede nunca el comodatario usucapir»

do que participe en el mismo una persona determinada o fijando un período de tiempo que de esta forma viene a determinar el uso concreto para el que la cosa es cedida: v. gr., te dejo el coche para que vayas a las fiestas con tus amigos a condición de que no lleses a Juan o a Pedro, y que a las doce de la noche estéis de vuelta.

La determinación del uso para el que se cede la cosa viene impuesta por la naturaleza de la misma, conjugada con el fin perseguido y más que a un goce o disfrute parcial de la misma, cuando se habla de «uso determinado» se refiere a un disfrute limitado en el tiempo, y aunque durante el mismo abarque y comprenda las distintas aplicaciones de que la cosa sea susceptible, siempre y cuando no se tase y concrete a una cosa específica. Si se cede el auto o el caballo para que un amigo efectúe un viaje, no es lícito cargarlo de mercancía o efectuar un mayor recorrido que el determinado al hacer entrega de la cosa; si cede el lagar para una molturación no es admisible que en el mismo deposite un alijo de contrabando o mercancía clandestina sometida en su circulación a requisito de guía, etc. El uso queda determinado al solicitarlo el comodatario y al entregar la cosa precisamente para el servicio, para el objeto de la petición y por el tiempo que el pacto o la costumbre fija.

En el artículo 1.742 se establece que las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contratantes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso no podrán los herederos de éste continuar en el uso de la cosa prestada. Este precepto es casi reproducción literal del artículo 1.879 del Código civil francés.

El uso de la cosa prestada ha de entenderse limitado a la persona del comodatario y no es extensivo a un extraño. Lo impone así la especial naturaleza de este contrato ultimado por y para una persona determinada, y únicamente podrá hacerse extensivo a sus herederos, si por la objetividad de dicho uso no hubiere impedimento para ello, siempre y cuando no fuese ultimado «en contemplación de la persona del comodatario». La casuística ofrece una gran variedad de supuestos en que el carácter personalísimo del contrato, aunque parezca paradójico, tiene especial relieve conjugando las condiciones de la cosa con la aptitud del usuario; por ejemplo, si la cosa cedida es un fino perro de caza o una escopeta especial, si el comodatario es un experto cazador, no hay duda que el contrato se hizo contemplando la persona del comodatario, y por tanto de ninguna forma pueden continuarlos los herederos del mismo, que bien pudiera ocurrir que ni siquiera tuvieran simple afición de cazador.

Los artículos 1.743 al 1.748, ambos inclusivos, se ocupan de las *obligaciones del comodatario*. El primero de estos artículos dice que el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa

prestada. Es natural que así sea, ya que si se aprovecha de ella, lógico es que subvenga a cuanto sea menester para que tal provecho pueda llevarse a efecto, y de ahí que corran a su cargo los gastos ordinarios necesarios para que el uso de la cosa se realice.

En nuestros días, son constantes las cuestiones que se suscitan precisamente por las nuevas manifestaciones del comodato en cuanto a los gastos derivados, o emanados del dicho uso, que no encajan precisamente en la categoría de los que el Código menciona como *necesarios*. Se ocasionan gastos que no son propiamente necesarios, sino que derivan de un uso llevado a efecto con cierta irregularidad legal. Nuestro legislador emplea la frase «necesidad» en un sentido meramente orgánico, de nutrición pudiéramos decir, pues no preveyó las modernas aplicaciones que el comodato pudiera tener en la época del maquinismo y del motor de explosión, en las que abundan casos de comodato en los que se producen gastos, que no son condición necesaria para el uso de la cosa, sino que derivan y sobreviene de dicho uso. ¿Quién debe pagar esos gastos? Con motivo de la prestación gratuita de unas máquinas cosechadoras a varios labradores, la Inspección de Hacienda de una provincia catalana, y lo propio ocurrió en una provincia aragonesa, desentendiéndose de la prestación graciosa que de su máquina hicieron los propietarios, levantó acta a éste, a quien practicaron liquidación por contribución industrial. No hubo culpa alguna por los comodatarios, pero como la Administración fiscal giró la oportuna liquidación al comodante, precisamente por el uso y servicio que facilitó a los beneficiarios, entendemos que éstos vienen obligados a reintegrar de la cuota contributiva girada al cargo del comodante. Lo propio cabe decir respecto al caso tan repetido hoy en toda las provincias de España, en que el comodatario de un camión incurre en responsabilidad, bien por infracción del Código de Circulación o por comisión de un delito imprudencial. La sanción y la responsabilidad se le imponen al comodante como propietario del camión; en cambio, ésta surge cuando el vehículo es usado por el comodatario. Más grave son los casos que se han suscitado por aplicación de las leyes de Tasas, dando lugar que por el uso indebido del camión se imponga multa, o incluso se decrete el comiso del citado camión, ya que por no ser práctica corriente escriturar de forma auténtica estos contratos, cuando se produce una infracción legal, ni los organismos de la Administración, ni los Tribunales, aceptan tal supuesto; se desentienden, generalmente, de la existencias de estos contratos, y dejan caer el peso de las sanciones sobre el comodante que aparece propietario del mismo.

La medida de la responsabilidad del comodatario la define y concreta el artículo 1.744 al preceptuar que si destina la cosa a uso distinto de aquél para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del conocido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito. Las consideraciones que ante-

riormente hacemos sobre uso distinto de la cosa, tienen aquí refrendo claro y concreto y no hay duda que en tales supuestos la responsabilidad recae sobre el comodatario. Las cosas tienen un riesgo proporcionado al uso que se haga de las mismas. Por eso, la primera y principal obligación del comodatario es destinar la cosa al uso para el que se lo entregó, y tenerla en su poder el tiempo por el que se le entregó. Si quebranta tan fundamental obligación jurídica, a parte de la descortesía que ello implica ante la vulneración del contrato, viene obligado a responder de la pérdida de la cosa con todas sus consecuencias. También en este aspecto, los autores del C. c., al hablar de la pérdida de la cosa, lo hacen en sentido material y orgánico, sin prever las modernas aplicaciones del comodato; pero entendemos que hay que comprender en ella todas las formas y manifestaciones en que la cosa pueda perderse para el comodante. Si concretamos este supuesto a un camión, la obligación que tiene el comodatario de volver la cosa, se da igualmente el caso de destrucción del mismo que si por haber abusado de la confianza, y lo aplica para un transporte ilícito, la Fiscalía de Tasas dispone el comiso o incautación del mismo. No es lo mismo hacer un recorrido con el caballo prestado por un camino llano que lanzarse a trepar sendas montañas o destinarla a labrar en zonas calurosas, donde la intensidad de calor puede provocar incluso la muerte; de ahí la necesidad de que el comodatario destine estrictamente la cosa al uso para el que la misma le fué cedida, a la aplicación concreta que de la misma le autorizó su legítimo dueño, y que el uso se efectúe precisamente en las mismas circunstancias, en el mismo lugar en que manifestó iba a efectuarlo cuando solicitó esta graciosa prestación al comodante (5).

La devolución de la cosa debe hacerse con los frutos de la misma.

Si el comodatario destina la cosa a uso distinto para el que le fué prestada y la retiene más tiempo que el convenido, entonces se comete un abuso, un uso ilegítimo que, según el Derecho romano, constituiría robo. Los textos clásicos presentan una variedad de ejemplos a este tenor verdaderamente curiosos: Valerio Máximo refiere que habiendo tomado a préstamo un particular, un caballo para ir a Alicia, fué condenado como ladrón por haber pasado con él la colina situada más allá de esta villa, y Bruto tenía costumbre de decir que incurría en las penas del robo el que hiciese andar a un caballo distinta ruta de aquella para la que le había tomado o mayor distancia de la que hubiese convenido. Entendían los jurisconsultos romanos que constituía robo el uso fraudulento de

(5) Con razón dice CASTÁN que la responsabilidad del comodatario es más rigurosa que la de los deudores ordinarios, pues lo que incluye en ella la pérdida de la cosa en los dos casos (destinándola a uso distinto de aquel para que se prestó o cuando se entrega con tasación, art. 1744). *Derecho de Obligaciones*, v. IV, 7.^a Ed. Reus 1953, pág. 442.

la cosa prestada, pues aunque el hurto no recaía en la cosa misma, recaía sobre el uso de ella.

Pothier pretendió hacer valer estos principios, pero en las legislaciones codificadas no aceptaron tal rigor, limitándose a sentar las dos conclusiones siguientes: 1.ª El comodatario que traspasa los términos del contrato está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. 2.ª Responder de la pérdida ocurrida por fuerza mayor durante el ejercicio de un uso elegido. Conclusiones que admirablemente encontramos articuladas en la Partida quinta, título II, Ley 3.ª, cuando decía:

«E esto seria, assi como si demandasse vasos de plata emprestados, con que beuiesse en su casa, e los leuase sobre mar, o en algund camino, e los perdiesse alla; o si pidiesse alguna bestia emprestada, para vna jornada, e la leuasse mas lueñe, e se muriesse, o se perdiesse alla. Ca en tales casos como estos, o en otros semejantes dellos, tenuto seria de pechar lo que rescibiesse prestado, maguer la cosa se perdiesse por ocasión: porque el dió carrera por do acaescio aquella ocasión, vsando della en otra manera que non deuia.»

Cuando la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, según el artículo 1.745, responderá el comodatario del precio al no haber pacto en que expresamente se le exima de tal responsabilidad. Este precepto tiene una clara ascendencia de Derecho romano, cuyos textos provocaron verdaderas controversias, pues entendían que si las cosas perecen para su dueño, no tenía el comodatario por qué responder de esta culpa, olvidando que se trataba de una responsabilidad convencional voluntariamente pactada, que no es contraria a la equidad, por cuanto que no estando el comodante obligado a prestar la cosa, ni por consiguiente obligado a responder los riesgos del comodato, le es lícito no prestarla sino bajo esa condición. En el proyecto de Código de García Goyena, ya se articulaba este precepto diciendo que prestar una cosa con estimación de cierta suma, si se pierde por caso fortuito responde el comodatario del precio al no haber pacto eximiéndole de tal responsabilidad. Ello provocó también apasionada polémica en nuestros civilistas, que entendían implicaba una transformación del contrato para convertirse en una venta. Acertadamente, explicaba don Benito Gutiérrez el alcance de estas cláusulas, diciendo (6): «que el comodante ha tomado esta precaución para asegurarse de la restitución de la cosa o de su precio, y en caso de duda la equidad aconseja decidir a favor del comodante».

En los préstamos que ha hecho el Ministerio del Ejército de semovientes, siguiendo normas estatuidas, se efectuaban las entregas con tasación en la que el comodatario suscribía el oportuno im-

(6) Ob. cit., pág. 213.

preso, comprometiéndose a reintegrar al Estado «el importe de su valoración en caso de abuso o mal uso si se inutiliza o muere» dicho semoviente. De esta forma queda resuelto el problema de determinar el valor de la cosa prestada; para el caso de restitución en cuanto al precio, si se produce el abuso o el mal uso determinante de la muerte. Resolviendo litigio suscitado sobre esta cuestión, el Juzgado del Distrito número 1 de Primera Instancia de Sevilla, con fecha 20 de enero de 1951, dictó sentencia en la que entre otros figura el Considerando siguiente: «Que la parte actora, al hacer aplicación de la norma legal, se acoge a lo prevenido en la primera parte del artículo 1.745 del C. c., que establece que si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito responderá el comodatario del precio...; mientras que la demandada, reconociendo la autenticidad de la cita legal, estima que es la última parte de dicho artículo, o sea, *al no haber pacto en que expresamente se le estima de responsabilidad*, la que conviene al caso de autos, con lo que dada la claridad con que se muestran los hechos y la simplicidad de las normas a aplicar... A estos efectos se ha de estimar evidente que si sólo apareciere el contrato la tasación del semoviente que se realiza al tiempo de la entrega, el comodatario vendría obligado a entregar al comodante el precio señalado aun en el supuesto de pérdida por caso fortuito; más la obligación impuesta a aquél inmediatamente de fijada en el documento la indicada tasación, demuestra plenamente que a tal principio absoluto han impuesto las partes serias restricciones que, concordadas lógicamente, conducen a la conclusión de exonerar al deudor de aquella obligación de carácter absoluto. Pero es que además, y con ello se cierra el ciclo de exoneración, si el deudor comodatario se compromete a reintegrar al comodante el importe de su valoración (la del caballo entregado), en el supuesto de que muera durante el tiempo que lo usufructe por abuso o mal uso de la que él haga, aparece notorio, entre otras razones, por interpretación a *sen su* contrario, que si falleciese el animal por causa que no obedezca a abuso o mal uso del que lo tiene en su poder, no entrará en juego la cláusula obligacional de reintegro, por lo que viene a ser de aplicación la última parte ya citada del art. 1.645, o lo que es igual, la existencia de pacto en el contrato por el que se nivela al comodatario de responsabilidad en los casos de pérdidas que no sea debida a dolo o culpa del mismo.»

Apelada dicha sentencia al igual que otras que se produjeron en Sevilla, las Salas de lo Civil de la Territorial, han establecido la doctrina que se condensa en el Considerando que transcribimos de la Sentencia de 25 de octubre de 1952: «Acertadamente calificados como de comodato el contrato celebrado entre las partes litigantes, con causa gratuita y tiempo de mínimo determinado por el que se realizó un préstamo de cosa no fungible, cual era el semoviente objeto del mismo, les son de aplicación las normas de nuestro Código Civil para tal contrato tipo, y específicamente el ar-

título 1.745 del mismo, que establece que salvo pacto en contrario, cuando la cosa prestada se entrega con tasación, el comodatario responde de su pérdida, aun en caso fortuito y como en el de autos existió, como el Juez, «a quo» aprecia tal pacto limitativo de responsabilidad legal y por el demandado se ha probado cumplidamente, frente a la ausencia total de pruebas por el actor que usó de la cosa prestada con la diligencia y cuidado normal, habiendo sobrevenido el siniestro por causas que caen dentro del área excluida de responsabilidad, por obra del pacto de exoneración referido.»

Con esta doctrina la cláusula de previa estimación pierde el valor absoluto que a la misma dieron los textos de Derechos clásicos, dejando a la apreciación del Juez «a quo» la interpretación de la cláusula de exención de la responsabilidad, por lo que será menester cuidar con el mayor interés la redacción de la citada cláusula para evitar que ella pueda perjudicar al propio comodatario.

De los deterioros que sobrevengan a las cosas por el mero uso y sin culpa suya no responde el comodatario. El art. 1.746 es claro y terminante. Lástima que no haya matizado de alguna forma el grado de diligencia exculpatorio de responsabilidad, pues la expresión «sin culpa suya», no obstante su claridad en el lenguaje usual es de una complejidad grande en el orden jurídico. Son muchos los casos en que lo aparentemente normal y cotidiano, entraña culpa por parte del que así actúa, si conociendo el estado delicado o concretamente la inadaptación de la cosa al clima o para la realización de trabajo que otros animales de la misma especie realizan normalmente, no adoptan una mayor precaución, unas medidas de prudencia precisamente por esa especial situación de la cosa prestada.

Según el 1.747, el comodatario no puede tener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba aunque sea por razón de expensa. Bastante favorecido ya el comodatario por el uso de la cosa no admite el Código, y ello es de elemental justicia, que pueda retenerla so pretexto de lo que el comodante pueda adeudar. Tal derecho sería investirle de un privilegio inicuo y mortificante en extremo. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 1934, declara que el comodatario no tiene derecho de retención de la cosa prestada so pretexto de lo que el comodante le adeude. Téngase en cuenta que conforme al art. 1.200 del Código civil la compensación no procederá cuando alguna de las deudas provinieren de depósito, o de las obligaciones del depositario o comodatario.

Se ocupa después nuestro Código «de las obligaciones del comodante», hecho paradójico en cierto modo puesto que, se considera el comodato, como contrato unilateral, siquiera este carácter no lo tenga de modo absoluto en todos los casos. Clemente de Diego decía, que propiamente del comodato como unilateral que es, no proceden, sino obligaciones para el comodatario, pues las supuestas obligaciones del comodante de entregar la cosa y responder de los gastos extraordinarios y vicios ocultos de la misma, la

primera es condición «sine qua non» del contrato, y las otras, se funda, en supuestos y razones distintos del mismo (7).

Planiol y Ripert, que consideran al comodato contrato unilateral entienden que al comodante ninguna obligación le alcanza emanada directamente del contrato, ello no obstante viene obligado:

1.º En virtud de la gestión de negocio a reembolsar al comodatario los gastos necesarios hechos por él para la conservación de la cosa.

2.º Como consecuencia de la responsabilidad que le corresponde en razón de su dolo, a indemnizar al comodatario por los daños que hayan podido causarle los vicios de la cosa prestada cuando el comodante los conocía y los ocultó (8).

Enfrente de los deberes del comodatario aparecen, dice don Benito Gutiérrez, los del comodante; deberes, añade tan docto civilista que no alteran el carácter unilateral de préstamo de uso, pues no los crea el contrato por una disposición principal, sino que proceden de la obligación llamada contraria por las Leyes Romanas, una obligación que se relaciona más con la materia de las obligaciones implícitas o de los cuasi contratos, que de los contratos propiamente dichos.

Lo cierto es que nuestro Código Civil recoge en cuatro artículos las obligaciones del comodato. En el 1.749, se dispone que el comodante no puede reclamar la cosa prestada, sino después de concluido el uso para el que la prestó. Ya hemos dicho anteriormente que es nota característica de este contrato la cesión del uso de una cosa a un fin determinado en provecho y utilidad del comodatario, como decían las Partidas «con entención de fazer gracia al que lo rescibe» y por tanto hasta que ello se realice no podrá rescatar la cosa prestada, pues otra cosa sería vulnerar la esencia de este contrato con daño y escarnecimiento para el comodatario, pues si a éste se le cede el uso de una era, es lógico y natural que hasta que termine sus faenas de trilla y limpia, el comodante viene obligado a mantenerle en el uso de la misma. Puede reclamarla aún antes de terminar el uso si se estipuló que la restituiría al perderla el comodante, según la Sentencia de 18 de junio de 1900.

Recordemos que Paulo señalaba el cuasi contrato como fundamento de esta acción contraria. No teniais, dice, obligación de hacerme el préstamo; solamente una intención benéfica os impulsó a prestarme este servicio; pero una vez consumado, habéis contraído la obligación de no hacer nada que contraríe este beneficio. Se opone a ello no sólo vuestro deber, sino la obligación compren-

(7) F. CLEMENTE DE DIEGO: *Curso Elemental de Derecho civil español común y foral*. Madrid, 1920. Tomo V, pág. 219.

(8) PLANIOL Y RIPERT: *Derecho civil francés*. Habana, 1946. Tomo XI, pág. 207.

Según CARRESI la obligación del comodante es de contenido negativo que no implica para él un *dare* o un *facere*. Ob. cit., pág. 49.

dida en la entrega de la cosa al comodatario, que la ha recibido con la esperanza de disfrutarla el tiempo señalado. De la misma suerte, el que se encarga de los negocios de un ausente no puede abandonarlo así, él debe procurar la consumación del contrato, sin lo cual el servicio no sería un auxilio para el comodatario, sino un origen de desengaño. El comodante, sostiene Gutiérrez, no puede reclamar a capricho la restitución de la cosa, pues aunque hubiera podido sin ofensa no entregarla al comodatario, le causaría injurias quitándolas antes de llegar el tiempo, o de haber hecho el uso para el que se la prestó (9).

Una excepción señala este art. 1.749 en cuanto a la facultad del rescate siempre que concurra causa especial para ello, y es cuando antes de vencer el plazo «tuviere el comodante urgente necesidad de ella». El texto es claro y a tenor del mismo, para que el comodante imponga la cesación en el uso de la cosa antes del tiempo de la concesión, es preciso concurra una necesidad propia cualificada por la urgencia. Si corriendo el tiempo del comodato, dice don Benito Gutiérrez, tuviese necesidad urgente de la cosa prestada, parece que no debería tener derecho a reclamarla, porque prestándola ha consentido tácitamente en privarse del uso de ella. Pero si la necesidad fuese imprevista y urgente, no podría negársele esta facultad, porque se presume que no quiso cederla sino en tanto que no la necesitase. García Goyena llama esta presunción, *juris et de jures*, para Gutiérrez no tiene tanta fuerza, es una consecuencia, pero no incontrastable de la índole gratuita de este contrato (10).

El art. 1.750 realmente tiene una colocación indebida, puesto que no define obligación alguna ya que se limita a consignar una norma de interpretación que ha debido situarse al definir el concepto del contrato, o si se entiende como parece que dicho precepto ha querido dibujar la figura del precario, entonces su colocación es igualmente impropia y mereció que hubiese encabezado un nuevo capítulo de este Título X.

Según dicho artículo, si no se pactó la duración del comodato, ni el uso a que había de designarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad, incumbiendo la prueba en caso de duda al comodatario.

Es difícil, por no decir imposible, que se dé tal situación, puesto que lo natural y corriente es que «la duración del uso cedido», «y la aplicación o uso a que había de destinarse la cosa», queda

(9) Obra cit., pág. 225.

(10) El T. S. en la sentencia de 30 de junio de 1953 declara que el comodatario habrá de devolver la cosa entregada para su uso cuando el dueño de ella la reclamase por imperio del art. 1749 del C. c., aunque no hubiere terminado el plazo establecido si el dueño la necesitaba... o se hubiere estipulado la devolución de lo entregado tan pronto lo reclamase el comodante siendo inaplicable el artículo 1750.

determinado bien en el contrato, o si no en estipulación concreta, se manifiesta de manera bien patente, por la propia naturaleza de la cosa y por el fin o aplicación manifestado por las prácticas usuales, por «la costumbre de la tierra».

Pero si a pesar de todo, conforme prevé el legislador en este artículo, no resulta señalado un uso determinado, ni el tiempo que éste va a durar, entonces el comodante puede «reclamarla a su voluntad», que es precisamente lo que tipifica el precario, como luego veremos. Es el único precepto de nuestro Código civil, donde encaja la figura del precario, omitida injustificadamente de nuestro Código, como igualmente se omitió en el Código civil francés, por considerar, en esa etapa de exaltado individualismo, como fenecida la institución del precario, sin prever el gigantesco desarrollo que en la realidad jurídica había de tener y tiene en nuestros días, como lo atestigua la extraordinaria cantidad de litigios que en los Tribunales de España se promueven precisamente sobre el precario, siquiera éste se muestre hoy un tanto deformado de la configuración clásica del mismo.

Por último, el artículo 1.752 dispone que el comodante que conociendo los vicios de la cosa prestada no lo hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiera sufrido. Ciertamente, es obligación que no deriva propiamente del contrato. Es natural que prestando una cosa dañada si lo silenciamos y la entrega como buena responda del daño que de ello derive al comodatario, ya que faltó la *bona fide*, alma de este contrato, reemplazada por un doloso proceder. Ya lo declaró así el Digesto y lo reiteró la Ley de Partidas. Comentando análogo precepto del Código civil francés, Troplong dijo: «Cuando el comodatario viene a demandaros un servicio y hacéis degenerar este servicio en una causa de daños, cometéis una traición.»

Manresa, comentando este artículo, dice que el comodante está obligado a descubrir al comodatario los defectos de la cosa prestada, pues de lo contrario responde de los daños y perjuicios. ¿Qué epíteto bastante odioso, pregunta García Goyena, puede darse al hombre que sólo por favorecer presta a sabiendas una cosa que no puede ser empleada sin comprometer la vida, salud o fortuna del que la ha de usar?

Tengamos presente que, como dicen Pérez y Alguer, el comodante no garantiza el uso, como en el arrendamiento, el arrendador.

El precedente artículo, el 1.751, regula una de las obligaciones propiamente dichas del comodante derivadas más que del contrato del cuasi-contrato, al preceptuar que el comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato por la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlo, salvo cuando fuere tan urgente que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro. El fundamento es claro, para evitar la injusticia que supondría que estos gastos extraordinarios realizados para mantener la sub-

sistencia de la cosa recayese sobre el circunstancial usuario de la misma, ello significaría, en frases de Manresa, un gravamen odioso. Pero el legislador impone la obligación del preaviso al comodante; medida de prudencia que hoy adquiere especial relieve teniendo en cuenta el costo en ocasiones elevados que suponen esos gastos extraordinarios para la conservación de la cosa cedida, sobre todo tratándose de semovientes, a los que ya se aplican los antibióticos, cuyo precio es bastante subido, y que no obstante su eficacia indiscutible no siempre el comodante lo estima necesario por considerar bastante viejos remedios caseros de costo insignificante. Lo propio ocurre con las reparaciones extraordinarias en vehículos de motor mecánico, cuyo uso haya sido cedido, que bien por sustitución de piezas o reparación de motor, han de pagar cantidades cuantiosas, por lo que deberá cuidar el comodatario para asegurarse del reintegro de estos gastos el ponerlo en conocimiento del comodante, para que como dueño y señor de la cosa decida si deben efectuarse tales desembolsos o no.

IV. ANALOGIAS Y DIFERENCIAS EN EL PRECARIO

Tienen de común el comodato y el precario que en ambos hay cesión del uso de una cosa, que en ambos ésta se hace gratuitamente, sin que medie remuneración ninguna; pero la diferencia entre ambos son bien notables. En el comodato se cede el uso de la cosa para un aprovechamiento concreto en cuanto al modo de realizarlo, y limitado en cuanto al tiempo concretamente para un uso determinado; y mientras que en el precario la cesión de la cosa se hace de una manera genérica, amplia, sin tiempo de duración prefijado, ya que el plazo queda indeterminado, pues dicha cesión puede revocarla el concedente por su simple voluntad. El comodato es un verdadero contrato; el precario, una mera situación de *jacto*.

Según don Benito Gutiérrez, el precario se diferencia del comodato «en la inestabilidad, porque no tiene tiempo ni uso determinado, y en la prestación de la culpa, pues como el que ha recibido la cosa en precario vive a merced del dueño, lo cual hace tan insignificante el beneficio, responde únicamente de la culpa lata y del dolo» (11).

En el Derecho moderno se mantienen más acusadas esas notas diferenciales, aunque la teoría general dominante es la de absorción del precario por el comodato, y hacen extensivo el régimen jurídico establecido para éste a los supuestos cada vez más raros que califican de precario por no haberse parado a considerar los casos de posesión degenerada o precario artificial, que la juris-

(11) Ob. cit., pág. 228.

prudencia de estas últimas décadas viene considerando como precario.

Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21 de junio de 1934 declaró que, según el artículo 1.790 del Código civil, si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad, cuyas circunstancias caracterizan la especie precaria, dentro del género comodato, mediante la oportuna acción de desahucio.

Castán es el que concreta y perfila con mayor exactitud esas notas diferenciales. En el Derecho romano, dice, no tuvo el comodato un concepto tan amplio, pues se requería para que existiese este contrato que la cosa se entregase para un *uso determinado*; si no se hiciese la determinación de tiempo, finalidad ni modo, el contrato se llamaba precario. En los Códigos modernos, concluye tan ilustre civilista, suele estar el precario incluido y refundido en el comodato (12).

Tanto en el precario como en el comodato se cede el uso de la cosa sin contraprestación alguna; es decir, sin que el usuario tenga que ejecutar o pagar nada a favor del concedente (13); pero en el comodato esta cesión se hace condicional, la cosa se entrega para un uso y por un tiempo definitivos y determinados en el propio contrato o por la costumbre del lugar, v. gr., el trillo o la máquina limpiadora que un vecino cede a otro gratuitamente para su utilización en los días mismos de la recolección, aun cuando al cederlos se omita por innecesario el uso y tiempo que va a durar esa cesión, ello queda determinado por la costumbre del lugar y se entenderá limitada a la ocupación de trilla y limpia y por el tiempo necesario para efectuar estas manipulaciones, mientras que en el precario la cosa se entrega naturalmente para el uso normal de la misma, pero sin que el tiempo de goce esté limitado, aun cuando la terminación del mismo dependa sólo de la voluntad del concedente.

Nuestro Código civil, como inspirado en el francés, consideró fenecido el precario, y se limitó en el artículo 1.750 a disponer que si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, puede el comodante reclamarla a su voluntad, regulando así una situación que guarda indudable analogía con el precario, pero que a poco que se reflexione nos percataremos de que se trata de un caso típico de comodato especial, pero no del precario clásico, ni menos del precario artificial elaborado por la jurisprudencia. No siguió nuestro Código la trayectoria que impedía nuestra tradición jurídica, hondamente enraizada en el Derecho romano, sino que recogió las variaciones

(12) *Derecho civil español y foral*. Madrid, 1927, pág. 596.

(13) Vid. C. MARTÍN-RETORTILLO: *El precario en el Derecho civil español*. Madrid, 1949. Editorial Aguilar.

contenidas en el proyecto del 51 de García Villena, que en este punto plagió en su primera parte el artículo 1.651 del Código de Austria; pero omitió precisamente el último párrafo del mismo, en el que se consignaba que si no se pactó duración del comodato y podía rescatarse la cosa a voluntad del comodante, «en este caso no se forma sino un préstamo precario». También el Código de Chile contiene esta especial salvedad, al preceptuar en su artículo 2.194 que el «comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo».

RESUMEN DE LOS PUNTOS DIFERENCIALES

Tiene verdadera importancia la diferenciación de ambas instituciones, sobre todo desde un punto de vista procesal, y por ello es interesante dejar bien sentadas las notas diferenciales de una y otra instituciones, y que pueden sintetizarse en los términos siguientes:

1.º Por la intención de las partes, deducidas naturalmente de los términos del contrato o de las circunstancias concurrentes en el hecho.

2.º En cuanto al tiempo de duración de la cosa, por cuanto en el comodato se hace por tiempo determinado y concreto, según pacto o la propia costumbre del lugar, atendida la naturaleza de la cosa, mientras que en el precario la cesión se hace por un tiempo indeterminado, que puede ser de mayor o menor duración, y que no viene prefijado por las partes, sino que única y exclusivamente depende de la voluntad del concedente.

3.º Atendiendo al fin, por cuanto generalmente el comodato se hace para que el comodatario resuelva una situación pasajera, circunstancial, reducida a plazo breve, a lo sumo de temporada, mientras que en el precario la cesión tiende a satisfacer necesidades permanentes de precarista, y por un tiempo prolongado; y

4.º Por la extensión que se concede al uso de la cosa, ya que en el comodato se limita a lo que pueda ser útil para el comodatario exclusivamente; en cambio, en el precario se consiente un uso lucrativo para el precarista, que puede especular y beneficiarse con los rendimientos que obtenga con dicho uso, que si no está limitado en cuanto al tiempo, tampoco suele estarlo en cuanto a las aplicaciones que el precarista puede darle.