

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. Justificación de la elección del tema: El Comodato en Derecho romano, Derecho Comparado y Derecho Civil español	5
CAPÍTULO I. EL COMODATO EN EL DERECHO ROMANO	9
Título I.- El comodato y sus elementos definitorios desde el punto de vista de los autores más conocidos en el Derecho Romano.	9
1.1.- Concepto de Comodato.....	9
1.2.-La clasificación de los contratos en las Instituciones del jurista Gayo.	11
1.3.- Objeto del contrato de comodato.	14
1.4.- Obligaciones de cada una de las partes.....	16
1.5.- Responsabilidad del comodatario.	18
1.6.- Protección procesal de las partes.	21
1.7.- Comentario sobre la responsabilidad contractual en Derecho Romano.	25
Título II.- Comentarios de una selección de textos del <i>Corpus Iuris Civilis</i>.....	27
2.1.- El Código, Constitución Primera.	27
2.2.- Fragmentos del Digesto.	30
2.3.- Caso del Profesor García Garrido.	37
Título III. La fórmula <i>in ius concepta</i> del procedimiento formulario.....	40
CAPÍTULO II. DERECHO COMPARADO.....	44
Título I.- El comodato en el Código Civil italiano.....	44
2.1.1.- Concepto de comodato.....	44
2.1.2.- Obligaciones del comodatario.....	44
2.1.3.- Restitución anticipada de la cosa en caso de urgente necesidad y obligaciones del comodante.	44
2.1.4.- Del reembolso de los gastos ordinarios y extraordinarios hechos en la cosa.	45
2.1.5.- Responsabilidad en el comodato.....	45
Título II.- El comodato en el Código Civil francés.	46
2.2.1.- Regulación del contrato de comodato en el Código Civil francés.....	46
2.2.2.- Alcance y definición del contrato de comodato.....	46

2.2.3.- Obligaciones del comodatario.....	46
2.2.4.- Obligaciones del comodante y la restitución de la cosa en caso de urgente necesidad.	47
2.2.5.- Responsabilidad en el comodato.....	47
Título III.- El comodato en el Código Civil de la República de Venezuela.	48
2.3.1.- Alcance y definición del contrato de comodato.....	48
2.3.2.- Obligaciones del comodatario.....	48
2.3.3.- Obligaciones del comodante.	48
2.3.4.- Responsabilidad del comodatario.	49
Título IV.- El comodato en el Código Civil chileno.	49
2.4.1.- Concepto de comodato en el Código Civil chileno.	49
2.4.2.- Obligaciones del comodatario.....	50
2.4.3.- Obligaciones del comodante.	50
2.4.4.- Restitución anticipada de la cosa y derecho de retención del comodatario.....	50
2.4.5.- Responsabilidad en el comodato.....	51
2.4.6.- Conclusión.	51
CAPÍTULO III. EL COMODATO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.....	54
Título I.- El comodato en el Código Civil español.....	54
3.1.1.- Delimitación del concepto de comodato.....	54
3.1.2.- Caracteres esenciales.	55
3.1.3.- Breve mención de los frutos que produce la cosa.	57
3.1.4.- Obligaciones de las partes.....	58
3.1.5.- Responsabilidad de las partes.	59
3.1.6.- Extinción del contrato de comodato.	60
Título II.- El comodato como contrato real.....	61
3.2.1.- Introducción.	61
3.2.2.- Origen del comodato como contrato real.....	61
3.2.3.- La <i>datio rei</i>	62
3.2.4.- El comodato como una relación de “ <i>cortesía juridificada</i> ”.....	64
3.2.5.- Conclusión.	65
Título III.- El comodato y su distinción con el arrendamiento.....	65

3.3.1.- Introducción.....	65
3.3.2.- La gratuidad como elemento esencial del comodato.....	65
3.3.3.- El modo.....	67
3.3.4.- Principales diferencias entre el comodato y el arrendamiento.....	70
3.3.5.- Conclusión.....	71
Título IV.- El comodato y su distinción con el precario.....	72
3.4.1.- Supuesto de hecho e importancia de su calificación como comodato o precario.....	72
3.4.2.- Doctrina jurisprudencial.....	73
3.4.3.- Argumentos a favor de su calificación como precario.....	77
3.4.3.- Conclusión.....	79
CONCLUSIONES FINALES.....	81
Bibliografía:	84
Jurisprudencia	89
ANEXOS.....	91
ANEXO I. El comodato en el Código Civil italiano.....	91
ANEXO II. El Comodato en el Código Civil francés.....	94
ANEXO III. El Comodato en el Código Civil de la República de Venezuela.....	97
ANEXO IV. El Comodato en el Código Civil chileno.....	99
ANEXO V. Modelo contrato de comodato.....	104
ANEXO VI. Comentario de la STS de 3 de junio de 1983.....	107
ANEXO VII. Comentario de la STS de 26 de enero de 1987.....	111
ANEXO VIII. Demanda de precario.....	114

ABREVIATURAS

D.	Digesto.
a.C.	Antes de Cristo.
C.c.	Código Civil.
Cod.	Código.
Art.	Artículo.
Cap.	Capítulo.
T.S.	Tribunal Supremo.
A.P.	Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
F.J.	Fundamento Jurídico.
R.J.	Repertorio de Jurisprudencia.
AC	Aranzadi Civil.
JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos

INTRODUCCIÓN. Justificación de la elección del tema: El Comodato en Derecho romano, Derecho Comparado y Derecho Civil español.

El tema elegido en este Trabajo de Fin de Grado ha sido el contrato de comodato. He considerado oportuno tratar el comodato o préstamo de uso puesto que es una figura contractual menos trabajada por la doctrina española en comparación con la compraventa o el arrendamiento. El comodato es un contrato en el que una parte (el comodante) entrega a otra (comodatario) una cosa para que la use durante un determinado tiempo y luego la restituya. Este contrato tiene su origen en las relaciones de amistad o benevolencia, siendo la gratuidad el elemento característico de dicho contrato. Por ello, la doctrina ha podido considerarlo como un contrato de favor, cuya función económico-social es la consistente en la ayuda mutua y la recíproca colaboración.

Como el contrato de comodato tiene su origen en el Derecho Romano, en primer lugar, y antes de centrarnos en el comodato, consideramos conveniente hablar primero de la importancia del Derecho Romano, por ser el Derecho Romano la línea temática elegida para desarrollar este trabajo. Pues bien, el Derecho Romano, de entre todos los derechos de la antigüedad, es el que nos resulta más conocido. Empezó siendo el derecho de un pequeño pueblo, para luego ser el derecho de la ciudad, y que después acabó siendo el de toda una región. Tiempo después, se acabó extendiendo por toda la península itálica, además de Europa, el Norte de África y gran parte de Asia. Este Derecho ha estado influenciado por los diferentes factores sociales, políticos, religiosos y económicos que han ido aconteciendo a lo largo de la historia. La importancia del Derecho Romano se ha reflejado en la aceptación y recepción de este derecho por países como Alemania y Francia¹, debido a la uniformidad y coherencia de las normas de sus ordenamientos y al matiz de universalidad (convirtiéndolo en un derecho de fácil imposición). También se caracteriza por su gran seguridad jurídica, por la simplicidad de sus disposiciones, por su sentido común, y porque durante el *imperium* se tuvo en cuenta la equidad de las partes en el momento de celebrar los contratos. Muestra de todo

¹ Este Derecho fue penetrando (desde arriba) en las universidades y se formaron a las élites políticas y administrativas desde el S. XI con la Universidad de Bolonia hasta el S. XVIII. Además, en el Código Civil Napoleónico de 1.804 se consagraron principios genuinamente romanos, siendo su publicación muy significativa, ya que influenció al resto de Europa, América y parte de Oriente.

ello es que las leyes romanas constituyen el fundamento más sólido de las legislaciones contemporáneas de nuestro entorno cultural. En los trece siglos que estuvo vigente el Derecho Romano, quedaron ajustadas y regladas todas las relaciones de la vida jurídica del individuo dentro de la familia, y del individuo como sujeto activo y pasivo de las obligaciones, con los demás hombres y con las cosas de la naturaleza. Además, en el derecho comparado actual se incluyen principios del derecho romano en los principios generales del derecho.

En segundo lugar, como el tema elegido a desarrollar en este trabajo ha sido el contrato de comodato, también hemos considerado oportuno hacer una breve mención sobre el origen del comodato. En el Derecho clásico², el comodato era protegido no solo en el derecho honorario mediante una fórmula *in factum*, sino también en el ámbito del *ius civile* con la fórmula *in ius*. El Pretor empezó a contemplar la cláusula edictal del comodato puesto que no gozaba de la tutela y obra del *ius civile*; de modo que no gozaba de una defensa jurídica. El comodato era entendido como un negocio de la praxis social en la edad republicana, un negocio basado en las relaciones de amistad y benevolencia, en las que se consentía el préstamo de uso gratuito de cosas que no tuviesen un gran valor económico (por ello esta figura en un principio no estaba regulada por el Derecho). Paulo³ empezó a sentir la necesidad de que hubiera una regulación de este negocio (justificándose en el hecho de que cuando el que concedía una cosa en comodato por un tiempo y por un uso determinado, no podía cambiar de opinión, o pedir repentinamente la restitución de la cosa, o incluso cambiar la modalidad de uso de manera arbitraria); de modo que con el paso del tiempo el derecho empezó a intervenir en la regulación del comodato, y en este sentido, el Pretor empezó a proteger estas relaciones entre comodante y comodatario y concedió a éstos acciones para que pudieran defender sus intereses. De hecho, ya la misma jurisprudencia empezaba a advertir de la necesidad de justificar la naturaleza del comodato (pues estaba latente el peligro de no obtener la restitución de la cosa cuando ésta se concede mediante uso gratuito, y defender la cosa contra ataques de terceros).

² Ulpiano en D. 13, 6 y Gayo 4, 47, ya daban información de la tutela del comodato en el terreno del derecho pretorio.

³ en D. 13,6,1753, ya dejó caer la posibilidad de que exista una regulación jurídica de este negocio. Por su parte, Quinto Muccio Scevola opinaba que el comodato no queda netamente diferenciado del mutuo; sin embargo, si existía necesidad de separarlo de la figura de la donación.

En definitiva, en un primer momento, el comodato ha estado fuera del área del derecho y se ha presentado como una mera relación de la praxis social, que empezó a tener tutela jurídica en una época relativamente tardía. Ello quizás se deba a que había otros institutos que por un cierto período no habían considerado necesaria la intervención del derecho en la tutela del comodato⁴. Desde un inicio ya quedó delimitado el objeto del préstamo de uso: cosas de uso cotidiano y doméstico. Ya para acabar, nos agradecería hacer mención a la cuestión que Pastori⁵ propone, y es que si el comodato habría podido encontrar protección jurídica indirecta en el ámbito del *ius civile* antes de la intervención del Pretor; cuestión que la doctrina tiene muy en mente en el momento de hablar de la evolución histórica del comodato.

Finalmente, ya para acabar con esta introducción, decir que este trabajo se estructura en tres capítulos (Derecho romano, Derecho Comparado y Derecho Civil español), que a su vez éstos están divididos en títulos. En el primer capítulo, “el comodato en el Derecho Romano”, explicaremos la figura del comodato desde el punto de vista de varios autores conocidos, quedando delimitado su concepto y características. En el segundo capítulo, “Derecho Comparado”, analizamos el contrato de comodato desde la perspectiva del Código Civil francés, italiano, venezolano y chileno. Consideramos que este capítulo reviste de especial importancia puesto que tenemos la posibilidad de confrontar o estudiar otros ordenamientos jurídicos, analizando las diferencias y semejanzas en este caso con la figura del comodato. Tras una deliberación con la Dra. Encarnació Ricart, decidimos analizar el comodato en el Código Civil francés por ser Francia un país vecino; también elegimos el Código Civil italiano puesto que la línea temática de este trabajo es el Derecho Romano, y la noción y características que tenemos en la actualidad del comodato tienen su origen en Roma. Aparte de estos dos países de la Unión Europea y con los que mantenemos estrechos vínculos, también decidimos que podría ser interesante analizar la figura del comodato en países latinoamericanos como Venezuela y Chile. Como veremos más adelante, el Código Civil chileno regula el comodato de manera bastante extensa; y a diferencia de los otros Códigos Civiles, regula aspectos que otros no contemplan al sobreentenderse éstos regulados en la parte general de las obligaciones. En el tercer capítulo, “el comodato en

⁴ En Pastori, Franco. *Il commodato in diritto Romano*. Bologna: Cisalpino, 1995, se habla de la relación entre el comodato y la fiducia *cum amico*, y se establecen los rasgos distintivos entre ambas figuras.

⁵ En Pastori, Franco. *Il commodato in diritto Romano*. Bologna: Cisalpino, 1995.

el Código Civil español”, estableceremos los rasgos más característicos del contrato de comodato desde el punto de vista del legislador español, sin obviar su distinción con las figuras de arrendamiento y precario, figuras que son trabajadas teniendo en cuenta sentencias españolas.

Para poder desarrollar este Trabajo de Fin de Grado me he ayudado de la bibliografía que se indica al final del trabajo, pero también he empleado páginas web jurídicas; como por ejemplo la siguiente para buscar el Código Civil de Venezuela: <https://derechovenezolano.files.wordpress.com/2012/08/codigo-civil-venezolano.pdf>.

Además, para ampliar la información de este trabajo hemos adjuntando varios Anexos. De acuerdo con la Dra. Encarnació Ricart, hemos considerado oportuno adjuntar los artículos correspondientes de los Códigos Civiles francés, italiano, venezolano y chileno. Además, como en el tercer capítulo hacemos referencia a varias sentencias, escogemos dos de ellas para desarrollarlas. También hemos puesto un modelo genérico del contrato de comodato, y un modelo de una demanda de juicio declarativo verbal de desahucio por precario que hice el año pasado en el despacho de abogados en el que estoy trabajando.

CAPÍTULO I. EL COMODATO EN EL DERECHO ROMANO

Título I.- El comodato y sus elementos definitorios desde el punto de vista de los autores más conocidos en el Derecho Romano.

1.1.- Concepto de Comodato.

Según Joan Miquel⁶, el comodato queda definido como un contrato real; bilateral imperfecto, puesto que en principio nacen obligaciones solamente para una de las partes, el comodatario (la de custodia y la de restitución); sin embargo, de modo eventual podrían surgir obligaciones también para el comodante (como la de resarcir los gastos que el comodatario haya realizado para la conservación de la cosa). Además es también de buena fe (al quedar protegido por una acción de buena fe) y gratuito (pues se basa en las relaciones de amistad o de confianza entre las partes), en virtud del cual el comodante entrega al comodatario una cosa (mueble y no fungible) para que éste la use y la restituya pasado un tiempo.

En palabras de Daza Martínez y Luis Rodríguez Ennes⁷, el comodato o préstamo de uso es un contrato en el que una persona (comodante) entrega a otra (comodatario) una cosa para que la use gratuitamente; siendo la base de la entrega las relaciones de amistad (motivo por el cual el negocio es gratuito). En caso de que el contrato no fuera gratuito, sino remunerado, ya no hablaríamos de comodato, sino que estaríamos ante un contrato de arrendamiento (de carácter consensual⁸ y no real⁹) del que hablaremos más adelante. También es un contrato de buena fe, pues tanto comodante como comodatario se obligan a la *bona fides*.

D'Ors¹⁰, por su parte, define el *Commodatum* como una forma de dación o préstamo de uso temporal y gratuito (*commodum*¹¹), y hace hincapié en el hecho de que bajo

⁶ Miquel, Joan. *Derecho Privado Romano*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

⁷ Daza Martínez, Jesús; Rodríguez Ennes, Luis. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

⁸ Los contratos consensuales son aquellos que se constituyen por el sólo acuerdo de las partes sin que sea necesaria la entrega de la cosa (*traditio*). Por tanto, para que sean válidos no se requiere ninguna solemnidad, basta con el consentimiento de las partes (presentes o ausentes), pero que lo manifiesten de forma expresa o tácita. Cuatro son los contratos consensuales existentes: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

⁹ Infra. Apartado siguiente.

¹⁰ D'Ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. 8a. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1991.

ningún concepto se adquiere la propiedad. El que presta el uso se llama comodante y el que lo recibe comodatario, que pasará a convertirse en detentador de la cosa (no poseedor).

García Garrido¹² entiende el comodato como un préstamo de uso en el que el comodante entrega al comodatario una cosa no consumible durante un determinado tiempo para que la use de manera gratuita y luego la restituya¹³.

Para Ortega Carrillo¹⁴, el comodato¹⁵ o préstamo de uso es un contrato real, bilateral imperfecto y gratuito, en el que una persona llamada comodante entrega a otra llamada comodatario una cosa no consumible, para que la use y la devuelva dentro del término acordado¹⁶. Se dice que es bilateralmente imperfecto ya que en ocasiones pueden surgir también obligaciones para el comodante, y gratuito (sino estaríamos ante un contrato de arrendamiento de cosa¹⁷). El comodante entrega la tenencia de la cosa, pero conserva la propiedad y la posesión de la misma.

Torrent¹⁸ define el comodato (o también préstamo de uso), como un contrato real, bilateral imperfecto, de buena fe y gratuito, en el que se entrega la detentación de una cosa (normalmente un bien mueble e no consumible) para que el que la reciba, el comodatario, la use y la restituya pasado un tiempo al comodante. Este autor, además distingue el comodato del mutuo (o préstamo de consumo), en el que se entrega la propiedad de una cosa consumible para que se retorne el *tantumdem eiusdem generis* (mientras que en el comodato se tiene que devolver la cosa que se prestó, no otro tanto

¹¹ Según una antigua terminología, que conservaba el padre de Labeón (D. 13.6.1.1), se daba el uso: *utendum dare*, y *commodare* hacía referencia exclusivamente a los bienes muebles. Además, la gratuidad es esencial para que el comodato no se convierta en un contrato de arrendamiento de uso. No es entonces un negocio lucrativo porque el comodatario no se enriquece con lo prestado (no hay que pensar que se enriquece en lo que deja de pagar por el uso que habría de obtener de otra manera. D. 39.5.9).

¹² García Garrido, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano. Acciones, casos, Instituciones*. 1a. ed. abreviada. Madrid: Dykinson, 1993.

¹³ En D. 13.6.1.1, aparece que para el padre de Labeón, el comodato se empleaba para las cosas muebles, mientras que para las inmuebles, lo *dado en uso*.

¹⁴ Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio. *Derecho Privado Romano*. Málaga: Marcial Pons, 2010.

¹⁵ Es la traducción del término latino *commodatum*, que deriva de *commodare* (prestar).

¹⁶ Este concepto es prácticamente idéntico al del artículo 1740 del Código Civil.

¹⁷ *Locatio conductio rei*: D. 36.6.5.12.

¹⁸ Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Edisofer, 1995.

de la misma especie y calidad). El comodato tiene una función económico-social, pues debido a la relación de amistad y benevolencia que une al comodante con el comodatario el préstamo de uso es gratuito (siendo suficiente la sanción derivada de las normas sociales y de la costumbre). Y como el comodato consiste en la transmisión de la detentación de la cosa del comodante al comodatario, puede dar la cosa en comodato tanto el propietario como el poseedor y/o cualquier detentador de la cosa.

Volterra¹⁹ sostiene que estamos ante un contrato de comodato cuando alguien entrega de manera gratuita una cosa mueble o inmueble²⁰ en detentación a otro, para que la use del modo convenido y luego la restituya al concedente²¹. Tiene en cuenta que en el Derecho clásico, el comodato aparece como un contrato real, bilateral imperfecto y gratuito. Finalmente, este autor comenta que el préstamo de uso tuvo reconocimiento jurídico y configuración autónoma en el ámbito del *ius civile* en una época ya tardía²².

1.2.-La clasificación de los contratos en las Instituciones del jurista Gayo.

Para Gayo²³, los contratos son acuerdos de voluntades reconocidos y sancionados por el Derecho Civil Romano, y de acuerdo con el jurisconsulto Gayo²⁴ existían cuatro

¹⁹ Volterra, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Civitas, 1988.

²⁰ D. 13.6.1.1, muestra que Labeón sostenía que no podía existir comodato sobre las cosas inmuebles, pero que se había impuesto la opinión contraria de Casio. Lo más probable puede ser que dicho desacuerdo sea de naturaleza terminológica entre *commodatum* y *utendum datum*.

²¹ Los romanos emplean el término *utendum dare*, que califica su función de préstamo de uso, y más tarde usaron el verbo *commodare*, del cual tomaron los comentaristas medievales los términos *commodans* y *commodatarius*.

²² Fue protegido judicialmente primero por el pretor con una *actio in factum*, y posteriormente, con una *actio iuris civilis*, probablemente *bona fidei*. La *actio commodati* es mencionada por Gayo (4.47) junto con la *depositi*, pero sin indicar la fórmula; lo que inclina al autor a sostener que se trataba de una *actio stricti iuris*. En contrapartida, en las Instituciones justinianas (4.6.28) la *actio commodati* es mencionada entre las *bonae fidei*.

²³ Gayo (Gaius): este jurista de enigmático origen es conocido sólo por su *praenomen*; su identificación con Cayo Casio Longino, a cuya escuela él mismo se adscribe, debe ser rechazada. Aunque sus contemporáneos y los clásicos posteriores no le mencionan nunca, es uno de los juristas más apreciados en la época postclásica (uno de los cinco incluidos en la Ley de Citas del 426 d. C.) y en la justiniana (Justiniano le llama *Gaius noster*; en Inst. 4. 18. 5). No tuvo el *ius respondendi* y al igual que su contemporáneo Pomponio, se dedicó a la enseñanza del derecho. Su fama imperecedora se debe sobre todo a sus *Institutiones*, una exposición elemental del derecho privado destinada a la enseñanza y

clases de contratos: reales, verbales, literales y consensuales. En base a esta clasificación, el comodato se engloba dentro de los contratos reales, caracterizados éstos por la obligación surgida en la entrega de una cosa que hace una persona a otra.

Por lo que respecta a los otros tipos de contratos, creemos oportuno comentar que en los verbales, la obligación surge de la palabra; en los literales, la obligación nacida por la palabra se documenta (y mientras no se impugne dicho documento la obligación se convierte en literal); y finalmente, en los consensuales, la obligación nace del consentimiento de las partes.

Una vez vista la clasificación de los contratos según el jurista Gayo, a continuación estableceremos la opinión de algunos autores importantes del Derecho Romano Privado respecto al comodato como contrato real.

Joan Miquel²⁵ considera que es un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la cosa; y es un contrato que no requiere de forma alguna.

organizada sistemáticamente en *personae-res-acciones*; es la única obra de un jurista romano que se conserva casi en su totalidad y sin grandes alteraciones, y su influencia en las *Institutiones* de Justiniano fue determinante. Otra de sus obras, las *Res cottidianae sive Aurea*, parece ser una revisión de las *Institutiones* hecha por él mismo o acaso en época postclásica. Autor igualmente de comentarios *Ad legem XII Tabularum* (seis libros), *Ad legem Iuliam et Papiam* (quince), *Ad edictum praetoris urbani* (más de diez), *Ad edictum provinciale* (único en su género, treinta libros), *Ad edictum aedilium curulium* (dos), *Ad senatusconsultum Tertullianum* y *Ad senatusconsultum Orfitianum*, y de varias monografías sobre fideicomisos, manumisiones, obligaciones verbales, dote, etc. Activo bajo Antonino Pío y Marco Aurelio.

²⁴ Las *Institutiones* (del latín *Institutas*, 533) son una colección de *iura* y de *leges* que exponen los principios básicos y doctrina del derecho dirigida a los jóvenes que emprenden el estudio del Derecho. Las *Institutiones* resumen la temática jurídica del Digesto y el *ius extraordinario* de los emperadores, fusionándolos para dar una idea somera del derecho de la época. Tiene la particularidad de no mencionar a los autores de sus textos y de ser el emperador quien habla en primera persona. Además, señalan los elementos del Derecho romano y está ordenada de acuerdo con la clasificación de las *Institutas* de Gayo, según la cual “*el derecho se refiere a las personas, a las cosas y a las acciones*” (*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*). Se divide en 4 libros, un prologo o *proemium* y un apéndice. Concretamente, el tema de los contratos reales se recoge en *Gayo Inst.*, 3, 89 y 3, 195-197.

²⁵ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

Para Daza Martínez²⁶, el comodato también es un contrato real, pues se perfecciona con la entrega de la cosa; pero después, el comodatario (el receptor de la cosa) está obligado a restituir la cosa que se le entregó. Por tanto, se puede afirmar que el comodatario retiene la cosa como simple detentador por el tiempo que dura el contrato, mientras que la propiedad y la protección posesoria sigue perteneciendo al comodante. Además, el autor distingue el comodato del precario, en el que también se cede el uso de una cosa, pero revocable a voluntad del concedente.

D'Ors²⁷ no hace mención alguna en sus obras al comodato como contrato real, pues para él, el concepto de contrato, en su sentido clásico, quedaría reducido²⁸ al ámbito propio de las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, sancionadas por las acciones de buena fe. En este sentido, para los juristas clásicos, el mutuo, el comodato y la prenda, no fueron contratos, sino más bien daciones crediticias. En opinión de d'Ors, “*la dogmática moderna ha construido la teoría del contrato sobre una base textual muy poco firme*”.

En cambio, por su parte, Fernández de Buján²⁹ diferencia los tipos de contratos reales, y establece que son contratos reales los que se consideran perfeccionados por el consentimiento de las partes unido a la entrega de la cosa, *datio rei*. El comodato estaría dentro de estos contratos reales, y este autor sostiene que el comodante transfiere al comodatario la mera detentación o posesión natural de la cosa cedida.

García Garrido³⁰, al igual que d'Ors nada dice en relación con la naturaleza real del contrato; solamente establece que el comodato es esencialmente gratuito, y en caso de que exista un precio o alquiler se convierte en un contrato de arrendamiento³¹. Además, considera que lo más habitual es que se dé en interés del comodatario; no obstante, puede darse en interés del comodante, o incluso en interés de ambos.

²⁶ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

²⁷ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

²⁸ Con fundamento en dos fragmentos de Ulpiano, que recogen la opinión de Labeón (D. 2, 13, 6, 3: *ultra citro dandi accipiendi* y D. 50, 16, 19: *contractum autem ultra citroque obligationem*), y frente a generalizaciones posteriores.

²⁹ Fernández De Buján, Antonio. *Derecho Privado Romano*. 4a. ed. Madrid: Iustel, 2011.

³⁰ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

³¹ Labeón, cit. por Ulpiano, D. 1, 6, 5, 12.

Ortega Carrillo³² tiene en cuenta la distinción de las clases de contrato según el juriconsulto Gayo, determinando que el comodato se enmarca dentro de los contratos reales, caracterizados éstos porque la obligación surge por la entrega que hace una persona a otra de una cosa.

Torrent³³, en su definición de comodato, ya dice que el comodato es un contrato real, y como tal, para que de dicho contrato surjan obligaciones, se precisa del consentimiento y la entrega de la cosa. El comodatario, por el solo hecho del comodato, solo adquiere el carácter de mero tenedor, y por otro lado, el acto material es entrega. De este modo, el comodante conserva sobre la cosa todos los derechos que tenía antes de prestar la cosa, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario.

Para Eduardo Volterra³⁴, el contrato real está comprendido en la clasificación de Gayo. Entiende que el comodato es un contrato real, y como tal, se perfecciona con la entrega de la cosa prestada. El contrato de comodato origina una obligación de restituir (y obviamente no se puede concebir tal obligación sin haber recibido el comodatario previamente la cosa). Contempla la posibilidad de que la entrega de la cosa sea material o ficta³⁵.

1.3.- Objeto del contrato de comodato.

Antes de abordar el objeto del comodato, conviene tener en cuenta la distinción que Joan Miquel³⁶ lleva a cabo respecto a los elementos del comodato. De este modo, el autor sostiene que existen elementos personales y reales. Los primeros hacen referencia al comodante, que es la persona que entrega la cosa para que el otro lo use; y al comodatario, aquel que recibe la cosa para un determinado uso. Respecto a los segundos, los reales, comentar que lo más habitual es que sean objeto de comodato cosas muebles no fungibles; sin embargo, y con carácter excepcional queda admitido el comodato de cosas muebles fungibles.

³² *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

³³ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

³⁴ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

³⁵ Tal y como se admitió en una sentencia de la Corte Suprema, de fecha de 4 de abril de 1995.

³⁶ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

Para Daza Martínez³⁷, son objeto de comodato los bienes muebles y no consumibles. Aunque no se diga expresamente, se puede deducir de lo comenta el autor cuando dice que el comodatario tiene que devolver lo mismo que el comodante le entregó. Por tanto, no se devuelve el *tantumdem* (otro tanto de la misma especie y calidad), sino que lo que se retorna es la misma cosa que se prestó en comodato.

Para D'Ors³⁸, el comodato solo puede versar sobre objetos no consumibles³⁹, y el uso que el comodatario debe darle tiene que ajustarse a lo que se haya pactado con el comodante, bien sea de manera expresa o tácita, y su abuso constituye un tipo de hurto (*furtum usus*⁴⁰).

García Garrido⁴¹ es de la opinión de que la cosa dada en comodato debe ser susceptible de uso, por tanto sólo se admite el comodato de cosas no consumibles⁴². No obstante, cabe la posibilidad de que se dé en comodato una vivienda para que sea habitada⁴³. El uso debe ajustarse a lo convenido o a la naturaleza de la cosa prestada y el comodatario que abusa comete un hurto de uso.

Para Ortega Carrillo⁴⁴, la finalidad del comodato es la de consentir el préstamo de uso gratuito entre personas ligadas por vínculos de amistad, familiaridad o vecindad. Normalmente son objeto de comodato cosas muebles de uso cotidiano y doméstico; no obstante, este conocido autor admite el préstamo de cosas inmuebles. El comodato recaerá sobre cosas fungibles y no consumibles; pues el comodatario tendrá que devolver la misma cosa, no pudiendo darse en comodato lo que se consume por su uso, a no ser que lo reciba para exponerlo o exhibirlo⁴⁵.

³⁷ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

³⁸ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

³⁹ No obstante, si puede versar sobre monedas u otra cosa consumible cuando intervienen como específicas, esto es, para un uso en el cual la cosa no se consume (como por ejemplo para exhibirlas) D. 13, 6, 3, 6.

⁴⁰ Conforme el D. 47, 2, 72 (71), la *actio furti* no se acumula a la *actio commodati*.

⁴¹ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

⁴² Ulpiano, 28 *ed.* D. 13, 6, 3, 6, dice que “no pueden comodarse las cosas consumibles a no ser que se tomen para pompa y ostentación”.

⁴³ Viviano, D. 13, 6, 1, 1; D. 19, 5, 17 pr.

⁴⁴ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

⁴⁵ *Ad pompam vel ostentationem*: D. 13, 6, 3, 6.

Para Torrent⁴⁶, las fuentes determinan que son objeto de comodato cosas de uso cotidiano y doméstico (concedidas como un favor)⁴⁷. Lo normal es que sean objeto de comodato bienes no consumibles; aunque en casos excepcionales se permite que sean cosas consumibles con el pacto de que no fueran consumidas (por ejemplo el comodato *ad pompam vel ostentationem*).

Para Volterra⁴⁸, normalmente es objeto de comodato una cosa no consumible. No obstante, admite aquellos casos en los que alguien da gratuitamente a otro una cosa consumible para que ostente la propiedad frente a otros, o para que la haga objeto de estudio o de observación (*ad pompam vel ostentationem*), y después la restituya sin haberla consumido.

1.4.- Obligaciones de cada una de las partes.

En relación con las obligaciones de cada una de las partes y de acuerdo con Joan Miquel⁴⁹, decir que el comodatario tiene la obligación de usar la cosa debidamente, tal y como se pactó; y de restituirla cuando expire el plazo para el cual se prestó, o en caso de que no se pactara ningún plazo, cuando el comodante lo requiera. También tendrá derecho el comodatario a exigir el reembolso de los gastos necesarios llevados a cabo para su conservación.

Conforme a Daza Martínez y Rodríguez Ennes⁵⁰, el comodatario tiene la obligación de devolver la cosa al comodante al término del plazo o a la conclusión del uso que motivó el préstamo. Todo ello, sin perjuicio de que al comodante le pueda surgir una obligación eventual de resarcir aquellos gastos extraordinarios que el comodatario ha realizado para el mantenimiento de la cosa.

⁴⁶ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

⁴⁷ Sin embargo, para cosas de mayor valor económico, se recurriría a la fiducia, asegurándose de este modo al comodante la restitución en caso de resistencia a través de la *actio fiduciae*; pero desde que se reconoció el comodato como figura de contrato real, ya no es necesario recurrir a la fiducia.

⁴⁸ *Supra ep. Cit.* apartado 1.1.

⁴⁹ *Item.* apartado 1.1.

⁵⁰ *Item.* apartado 1.1.

Según D'Ors⁵¹, el comodatario está en la obligación de restituir la cosa prestada en comodato, al igual que la de soportar los gastos de conservación de la cosa dada en comodato; pero en el supuesto de que realice gastos extraordinarios, el comodante está obligado a compensar al comodatario por dichos gastos.

García Garrido⁵² determina que al término del plazo, el comodatario deberá restituir la cosa al comodante con todos sus accesorios y los frutos que entren en el uso concedido, y también tendrá que hacerse cargo de los gastos que deriven de la conservación de la cosa. Ante este supuesto, el comodante se verá en la obligación de reembolsar al comodatario aquellos gastos extraordinarios que hubiera hecho sobre la cosa para su conservación.

De acuerdo con Ortega Carrillo⁵³, el comodatario tiene obligaciones, y entre ellas se encuentra la de restituir la cosa dentro del plazo que se haya acordado y en las mismas condiciones en que la recibió, con sus frutos y accesiones. Además, debe usar la cosa dentro de los límites pactados y para los fines previstos. Este autor comenta que según Justiniano, si usa la cosa fuera de los límites o fines previstos, el comodatario comete *furtum usus* (y en caso de pérdida de la cosa, su responsabilidad se ve agravada⁵⁴). También corre con los gastos ordinarios y de mantenimiento o conservación (*modica impendia*). El comodante, por su parte, eventualmente tiene obligaciones si el comodatario sufrió daños por defectos de la cosa prestada (supuesto en el que dicho comodatario podrá pedir una indemnización⁵⁵), pero también tendrá que reembolsar al comodatario por aquellos gastos extraordinarios causados por la tenencia de la cosa, como los efectuados por enfermedad del animal (o en aquella época por los esclavos prestados).

Torrent⁵⁶ también determina las obligaciones de las partes. El comodatario está obligado a usar la cosa según su destino normal y en los límites determinados convencionalmente, a preservarla del deterioro, y a restituirla en las mismas condiciones

⁵¹ *Item.* apartado 1.1.

⁵² *Item.* apartado 1.1.

⁵³ *Item.* apartado 1.1.

⁵⁴ I. 4, 1, 7.

⁵⁵ Gayo (D. 13, 6, 18, 3) recoge a modo de ejemplo el caso de la vasija defectuosa para almacenar vino o aceite.

⁵⁶ *Item.* apartado 1.1.

en que la ha recibido⁵⁷. Por su parte, el comodante está obligado a entregar al comodatario una cosa idónea para que la use, y debe reembolsar al comodatario aquellos gastos necesarios que hubiere realizado para la conservación de la cosa que excedan de la gestión ordinaria. El comodatario no puede usar la cosa más allá de su uso natural o de lo que se hubiera pactado, ya que de lo contrario estaría cometiendo un *furtum usus*. Al término del contrato o de la utilización de la cosa, el comodatario tiene que devolverla con sus accesiones y frutos, a no ser que entrasen en el uso de la misma cosa.

Volterra⁵⁸ mantiene que el comodatario tendrá la obligación de usar la cosa con el fin y dentro de los límites determinados por el acuerdo, a preservarla del deterioro, y a devolverla en las mismas condiciones en que la recibió. No obstante, el comodante puede verse en la obligación de tener que resarcir los gastos eventuales necesarios para la conservación de la cosa, o el eventual daño causado por ésta.

1.5.- Responsabilidad del comodatario.

En el tema de la responsabilidad, Joan Miquel⁵⁹ determina que de acuerdo con el régimen del Derecho clásico, el comodatario responde por custodia de la cosa, de modo que será responsable en caso de pérdida o deterioro de la cosa cuando no existan causas de fuerza mayor. En el régimen justiniano, se exonera de responsabilidad al comodatario cuando quede probado que éste actuó con la debida diligencia.

Para Daza Martínez⁶⁰, el hecho de que el negocio sea gratuito ya determina que el comodatario es la parte más favorecida en el contrato, pues el comodante no obtiene ningún provecho. Es por ello que el comodatario responde de la custodia que abarca el hurto de la cosa, sin necesidad de convenio especial y aunque haya actuado con la diligencia máxima. La jurisprudencia progresivamente va extendiendo el concepto de custodia a toda diligencia (*culpa levis*), incluyendo también la pérdida de la cosa que no se deba a un acontecimiento imprevisible (*vis maior*). Finalmente, comentar que el mero

⁵⁷ En el Derecho clásico, esta obligación de restitución califica el encuadramiento sistemático del comodato en la rúbrica edictal de *rebus creditis*.

⁵⁸ *Item*. apartado 1.1.

⁵⁹ *Item*. apartado 1.1.

⁶⁰ *Item*. apartado 1.1.

hecho de que la responsabilidad por custodia quede establecida como un deber exclusivo del comodatario es porque obedece al propio objeto de comodato (cosas específicas que no se pueden reemplazar por otras).

D'Ors⁶¹ aborda el tema de la responsabilidad estableciendo que de la pérdida de las cosas muebles dadas en préstamo (salvo casos de fuerza mayor, *vis maior*) será responsable el comodatario por *custodia* y dispondrá de las acciones penales oportunas contra quien le haya hurtado la cosa prestada. La última Jurisprudencia clásica hace que responda también de los daños sufridos por la cosa, y le da la acción de la ley Aquilia contra el causante del daño. Esta responsabilidad por *custodia* conlleva una agravación respecto a la responsabilidad contractual por *culpa*. Justiniano es de la opinión de que aunque la cosa debe restituirse de forma íntegra, si se ha deteriorado sin intervención del que responde por *custodia*, puede ser devuelta tal como está, y la *actio legis Aquiliae* corresponderá al propietario⁶². Pero siguiendo a Marcelo, los últimos clásicos extienden la responsabilidad a ciertos daños⁶³. No obstante, la *custodia* siempre se refiere a bienes muebles (igual que el *furtum*). En el supuesto de que se incurra en mora, el comodatario responde ya sin límite (según la regla general de la mora).

Según García Garrido⁶⁴, por el hecho de que el comodato es gratuito, el comodatario responde de la pérdida de la cosa prestada por custodia⁶⁵. Por este motivo, responderá por el hurto de la cosa y podrá ejercitar las acciones penales correspondientes contra el ladrón. Debe observar una *exactissima diligentia*, esto es, la que pone la persona más diligente en sus propias cosas, quedando excluida la responsabilidad por casos de fuerza mayor (incendios, naufragios...)⁶⁶. Creemos conveniente apuntar que existen variaciones a la regla general, tales como que si el comodato se hace en interés exclusivo del comodante, o de los dos, la responsabilidad se limita al dolo⁶⁷. Pero si el comodatario hace un uso diferente al establecido o no se atiende al fin a que la cosa se

⁶¹ *Item*. apartado 1.1.

⁶² D. 9, 2, 11, 9; D. 13, 6, 19.

⁶³ D. 19, 2, 41; D. 9, 1, 2.

⁶⁴ *Item*. apartado 1.1.

⁶⁵ Gayo, 3.206.

⁶⁶ Gayo, 2 *res. cott.* D. 44, 7, 1, 4.

⁶⁷ Ulpiano, 28 ed. D. 13, 6, 5, 10.

destina, responde hasta el caso fortuito⁶⁸. El comodante podrá reclamar por los daños causados a la cosa mediante la acción de la ley Aquilia.

Ortega Carrillo⁶⁹ trata el tema de la responsabilidad determinando que el comodatario respondía en Derecho clásico hasta el límite de la *custodia* y en Derecho justinianeo de *exactissima diligentia*. Esto es, el comodatario responde por la pérdida de la cosa por hurto o daño aunque no tenga culpa. Solamente en supuestos de fuerza mayor se le exonera de responsabilidad, salvo que destinando la cosa a uso distinto del acordado, ésta perezca⁷⁰.

Torrent⁷¹ contempla el tema de la responsabilidad como uno de los problemas más importantes del comodato. En este sentido, el comodatario responde por la custodia, figura de responsabilidad objetiva que prescinde de la valoración del elemento intencional, y contempla la existencia del nexo de causalidad entre la actuación del comodatario y la falta de restitución. Por tanto, se pretende que la cosa sea preservada del perecimiento o del deterioro, y sea restituida al comodante al término del contrato⁷². De este modo, y por ejemplo, si la cosa prestada en comodato es robada, el comodatario responderá frente al comodante. Por lo tanto, también responderá el comodatario cuando la cosa haya perecido por caso fortuito en el caso de que teniendo la posibilidad de realizar actos oportunos para salvarla, no los hubiera llevado a cabo⁷³. El sujeto más interesado en la conservación de la cosa no es el *dominus*, sino el comodatario. De este modo, el autor sostiene que la responsabilidad del comodatario es especial, agravada, en base a la *utilitas contrahentium*⁷⁴. Finalmente, este autor, determina para el

⁶⁸ Gayo, 9 ed. prov. D. 13, 6, 18 pr.

⁶⁹ *Item.* apartado 1.1.

⁷⁰ Tanto el Derecho Romano como el Código Civil agravan la responsabilidad cuando se le da a la cosa un uso distinto para el cual se dejó. *Infra.* Título II.

⁷¹ *Item.* apartado 1.1.

⁷² *Custodiam praestare* significa que el comodatario está obligado no solo a poner en vida actos ilícitos y a observar normas de prudencia y de conducta (propias de una persona normal), sino también a desplegar la actividad necesaria para que se realice el objeto de la obligación que ha asumido.

⁷³ Gayo 3.206 justifica esta responsabilidad con el hecho de que el comodatario está en una posición más ventajosa respecto al comodante, y es que su uso es gratuito (*utilitas contrahentium*); motivo por el cual la responsabilidad se agrava.

⁷⁴ Al igual que Pastori, Torrent es de la opinión de que al agotarse la época clásica, caído el procedimiento formulario y unificado el *iudicium commodati* en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*,

comodatario, que las fuentes hacen referencia a una *compensatio*, cuya finalidad es la de disminuir la condena cuando el comodatario hubiera tenido derecho a una indemnización.

Eduardo Volterra⁷⁵ matiza que por un lado, en el Derecho clásico, el comodatario responde por dolo y culpa, y las fuentes afirman que también por *praestare custodiam*. Con ello se quiere decir que está obligado no solo a no realizar actos ilícitos y a observar normas de prudencia, sino también a realizar la actividad necesaria para que se cumpla el objeto de las obligaciones que ha asumido. Por tanto, si la cosa es robada, el comodatario responde ante el comodante. Y de igual modo responderá si la cosa se extravía por caso fortuito si teniendo la oportunidad de realizar actos convenientes para proteger la cosa, no los ha hecho. Por otro lado, en el Derecho justiniano el concepto de *custodia* desaparece y se reconduce al ámbito de la culpa, buscando someter al comodatario a una mayor responsabilidad que la de la *culpa levis* o de la *culpa in concreto* (al quedar obligado a la observancia de una *exacta diligentia custodiendae rei*⁷⁶). Además, Volterra deduce que los bizantinos no seguían la idea de que el comodatario estaba obligado a realizar una actividad positiva para preservar la cosa prestada del hecho de terceros, puesto que en el supuesto de que la cosa fuese robada, el propietario podía actuar directamente contra el ladrón o contra el comodatario.

1.6.- Protección procesal de las partes.

Joan Miquel⁷⁷ establece que para el reembolso de sus gastos, el comodatario tiene a su alcance un *iudicium contrarium* frente al comodante. El autor mantiene que para hacer efectivas las obligaciones ya vistas en el apartado anterior, asisten al comodante una *actio in factum* o una *actio in ius*, tratada esta última por los juristas clásicos como un *iudicium bonae fidei*. El comodatario no dispone de los interdictos posesorios (ya que éstos corresponden al comodante), pues sigue siendo un mero poseedor natural.

se unifica también el régimen de la responsabilidad, y al progresivo acercarse de la custodia a la *diligentia*, sigue la fusión de ambas figuras en Justiniano con la concepción de la *exactissima diligentia in custodiendo* (D. 44, 7, 1, 4), prácticamente similar a la responsabilidad por custodia clásica.

⁷⁵ *Item.* apartado 1.1.

⁷⁶ I. 3, 14, 2.

⁷⁷ *Item.* apartado 1.1.

Según Daza⁷⁸, nace para el comodante la *actio commodati directa*, acción que le permite exigir la restitución de la cosa. También puede surgir un derecho eventual para el comodatario, conocido como *actio commodati contraria*, y se da cuando el comodatario realiza desembolsos en la cosa que no pueden considerarse suficientemente compensados con el beneficio de su uso; convirtiéndose así el comodato en un contrato imperfecto bilateral. Además, tampoco hay que obviar que las exigencias de la *bona fides* no son las mismas para ambas partes.

D'Ors⁷⁹ determina que para exigir del comodatario la devolución de la cosa prestada, el Pretor concede al comodante la acción *in factum* (la *actio commodati*)⁸⁰. Y en caso de que no se haya establecido la duración del préstamo, su recuperación podrá exigirse sin más límite que el de una *exceptio doli* (a causa de la premura dolosa del demandante). Respecto de los gastos de manutención o conservación de la cosa, el comodatario tiene a su alcance la *actio negotiorum gestorum contraria*, y si el comodante le ocasiona perjuicio alguno dolosamente con la cosa prestada, dispone de la *actio de dolo*⁸¹.

García Garrido⁸² determina que como con el comodato, el comodatario no recibe la posesión de la cosa, solamente la detentación; el pretor concede al comodante la acción *in factum* (la *actio commodati*) para reclamar la devolución de la cosa al comodatario⁸³. Además, si el comodatario, que debe asumir los gastos normales de la cosa, realiza gastos extraordinarios, dispone de la *actio negotiorum gestorum contraria*, y para los

⁷⁸ *Item.* apartado 1.1.

⁷⁹ *Item.* apartado 1.1.

⁸⁰ El autor hace hincapié en que las fórmulas del comodato son similares a las del depósito (respecto al cual si consta la fórmula *in ius* además de la *in factum*), aunque la fórmula *in ius* no queda reflejada en los comentarios genuinos, pero de ser así, habría sido de buena fe. Sin embargo, la aparición de la fórmula *in ius* después de la codificación del Edicto no parece probable, y Gayo tampoco incluye tal acción en su catálogo completo de las acciones de buena fe. Una prueba de la inexistencia de una acción recíproca de buena fe para el comodato aparece en D. 12, 5, 9.

⁸¹ Algunos textos hablan en estos casos de impensas y perjuicios del comodatario, de un *iudicium contrarium* del comodatario contra el comodante. D. 4, 3, 18, 3 conserva la *actio de dolo*, y contra una reclamación intempestiva cabría la *exceptio doli*; en caso de pago por el comodatario del valor de la cosa perdida, si luego aparece (D. 13, 6, 17), la acción procedente es la *condictio*. En el Cód. de Eurico, Cap. 282, se dice que el *commodatum* se asocia al *commendatum* en el Derecho vulgar.

⁸² *Item.* apartado 1.1.

⁸³ Según Gayo, 4,4d. 7, existe también una fórmula *in ius* (parecida a la del depósito).

daños que el comodante le cause de forma deliberada, podría ejercitar la *actio de dolo*⁸⁴. En caso de que no se hubiese fijado una duración y pudiera apreciarse dolo en una reclamación extemporánea, el comodante o sus herederos podrán revocar el contrato de comodato sin más límite que el de un *exceptio doli*.

Conforme a Ortega Carrillo⁸⁵, el comodante dispone de la *actio commodati* para exigir dichas obligaciones del comodatario, pero a su vez, éste, el comodatario, tiene a su alcance la *actio commodati contraria* (y también tenía el derecho a retener la cosa hasta conseguir el reembolso, pero actualmente el Código Civil en su artículo 1747 no admite dicho derecho de retención).

Torrent⁸⁶ es de la opinión de que en derecho romano la figura del comodato tuvo un reconocimiento tardío y se conoce como *utendum dare*. En la época clásica distinguimos dos acciones, la *in ius* y la *in factum* (no obstante, ello es discutible, aunque no vamos a entrar en este tema puesto que no es objeto de este trabajo).

Torrent sostiene que existen opiniones distintas sobre si existió una acción de buena fe para el comodato; esto es, desde el punto de vista procesal, el comodato pasó a ser figura de contrato real cuando se concedió la *actio comodati* (acción directa del comodante contra el comodatario, el cual tenía la obligación de usar la cosa y restituirla). Por lo tanto, se tiene la impresión de que primero el comodato estuvo protegido judicialmente por el pretor con una *actio in factum*, y después con una *actio iuris civilis*. En definitiva, puede decirse que la *actio commodati* es una ampliación de la *condictio*, acción de todos los contratos reales en que el comodante exigía un *reddere*, un devolver (en lugar de un *dare oportere*). Además, lo más posible es que la *fiducia cum amico* haya cumplido el papel del comodato hasta que éste surgió. El comodante tiene a su alcance la *actio commodati*⁸⁷ y no por ello el comodatario estaba

⁸⁴ Hay autores que también hablan de un *iudicium contrarium* para los casos de gastos y perjuicios causados al comodatario (aunque se duda de su procedencia clásica).

⁸⁵ *Item*. apartado 1.1.

⁸⁶ *Item*. apartado 1.1.

⁸⁷ Gayo 4.47 afirma que el pretor para tutelar algunas relaciones *veluti depositi et commodati* propone en el Edicto dos fórmulas: una *in ius*, y otra *in factum*, y en ambas se señalaría en la *intentio* la circunstancia de la falta de restitución de la cosa, pero si en la *actio depositi* se mencionaría el dolo como base de la condena, en la *actio commodati* no se mencionaría en cuanto el comodatario respondía por custodia. La fórmula *in ius* del comodato, al igual que la fórmula similar del depósito, era *ex fide bona*. De ambas

desprotegido; de hecho su protección también evolucionó (desde un *ius retentionis* sobre la cosa dada en comodato por los gastos necesarios ocasionados por la conservación de la cosa). En caso de que la cosa prestada en comodato fuera robada, el comodatario respondería frente al comodante, pero al mismo tiempo estaría legitimado para interponer la *actio furti* contra el ladrón (con preferencia al propietario de la cosa, al cual le correspondería la *condictio ex causa furtiva*). Por otro lado, y en el caso de que la *res commodata* hubiera desaparecido como consecuencia de un robo, el propietario dispone de la *actio commodati directa* para interponer contra el comodatario con la finalidad de obtener la indemnización. No está de más, añadir (como ya hemos comentado) que este autor, determina para el comodatario, que las fuentes hacen referencia a una *compensatio*, cuya finalidad es la de disminuir la condena cuando el comodatario hubiera tenido derecho a una indemnización⁸⁸.

Finalmente, Volterra⁸⁹ determina que con el propósito de proteger sus derechos, el comodante dispone de la *actio commodati*; y el comodatario para el resarcimiento de los gastos y daños, puede oponer el *ius res retentionis* a la acción del comodante (y puede actuar contra este con el *iudicium contrarium*⁹⁰ o *actio commodati contraria*). En el Derecho clásico, si la cosa es robada, el comodatario responde ante el comodante, pero también podrá actuar contra el ladrón mediante la *actio furti*. Sin embargo, en el Derecho bizantino, en caso de robo de la cosa, el propietario podía actuar directamente contra el ladrón a través de la *actio furti*, o contra el comodatario mediante la *actio commodati*.

figuras, la más antigua es la *in factum* (pues hay que tener en cuenta que la *in ius* ofrece más posibilidades que la fórmula *in factum*, que sólo se dirigía a la restitución de la cosa).

⁸⁸ Reconocidos los derechos del comodante, el pretor concedió al comodatario una *actio in factum* contraria tutelando los derechos de éste en orden al resarcimiento de los daños que eventualmente le causara la cosa dada en comodato, y cuando se reconoció la *actio in ius ex fide bona* del comodante (que permitía aquilatar todo matiz de conducta en que pudiera incurrir), la *actio contraria* también *ex fide bona*, permitía aquilatar la conducta del comodante en orden a la indemnización de los daños a que podría tener derecho el comodatario.

⁸⁹ *Item*. apartado 1.1.

⁹⁰ Ya conocido por Labeón (D. 13, 6, 17, 5).

1.7.- Comentario sobre la responsabilidad contractual en Derecho Romano.

A modo de conclusión, vamos a exponer de forma genérica el tema de la responsabilidad desde el punto de vista del Derecho romano, por ser éste uno de los temas más complejos.

Por un lado, decir que encontramos interesante la distinción de la responsabilidad en el Derecho clásico respecto del Derecho postclásico y justiniano.

En primer lugar, y en relación con el Derecho clásico tenemos que tener en cuenta tres conceptos: *periculum*, *dolus* y *culpa*. De acuerdo con Joan Miquel⁹¹, el *periculum* tiene tres acepciones: el *periculum* como riesgo, el *periculum* como daño ya acaecido⁹², y el *periculum* como criterio de imputación de responsabilidad. En este sentido, el autor considera más oportuno hablar de “*esfera de riesgo*” que de responsabilidad, y entran en juego los conceptos *periculum vis maioris* y *periculum custodiae*. Hablaremos de una responsabilidad objetiva, por lo que el deudor (en este caso, el comodatario), será responsable cuando no hubiera acontecido un supuesto de fuerza mayor, aunque pruebe que actuó con la debida diligencia⁹³. Sin embargo, hay casos imprevisibles (supuestos de fuerza mayor) en los que no se le puede imputar al deudor la responsabilidad; de modo que el comodatario está exonerado de toda responsabilidad, y será el comodante el que sufre el *periculum*. Ello hay que distinguirlo de los supuestos en los que el deudor tiene la cosa para un tercero, y además obtiene un provecho de la relación contractual. En estos casos, el deudor (el comodatario) responderá siempre de la pérdida o del deterioro de la cosa cuando no haya tenido lugar un supuesto de fuerza mayor (responderá por *custodia*). Por lo que respecta al dolo, decir que este concepto surgió de los contratos de buena fe, y se define como “*toda conducta mala y desleal impropia de personas honradas*”⁹⁴. También consideramos oportuno mencionar la fórmula *factum*

⁹¹ En Miquel, Joan. *Derecho Privado Romano*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 287-293.

⁹² En cuanto que el Derecho romano es un Derecho casuístico, en el que el jurista no contempla la posibilidad del daño, sino más bien el daño acontecido.

⁹³ Joan Miquel, en Miquel, Joan. *Derecho Privado Romano*. Madrid: Marcial Pons, 1995., sostiene que “*Gayo en sus Instituciones (3, 203 ss.) es muy claro al respecto. En cambio, los textos correspondientes de Gayo en la compilación justiniana están interpolados: allí se pasa de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva, la custodia se transforma en diligencia in custodiendo, es decir, el comodatario se libra de responsabilidad demostrando que empleó la diligencia debida, que no tuvo culpa*”.

⁹⁴ Según Joan Miquel, introduciendo en este aspecto la nota de *infamia*, que “*tanta importancia tiene en la consideración social del individuo en Roma*”.

debitoris, característica de los contratos que tienen por objeto dar cosa cierta, mediante la cual el deudor (el comodatario) responde cuando el incumplimiento sea consecuencia de un hecho derivado del mismo deudor. En el Derecho clásico, la responsabilidad por culpa tuvo un ámbito muy limitado.

En segundo lugar, ya en el Derecho justinianeo se tienen en cuenta tres conceptos: dolo, culpa y caso. Dolo y culpa son conceptos distintos, Joan Miquel⁹⁵, define el dolo como “*el incumplimiento malicioso y voluntario de la obligación por parte del deudor*”; y la culpa, la equipara a la negligencia, definiéndola como “*la falta de diligencia debida en el cumplimiento de una obligación*”. Por lo tanto, la diferencia está en que en el dolo se aprecia mala fe, mientras que en la culpa no. Ya en el Derecho romano se tomó como patrón la “diligencia del buen padre de familia”, patrón que en la actualidad se sigue aplicando (*culpa (levis) in abstracto*). No obstante, también existe un patrón de diligencia concreto (*culpa (levis) in concreto*), que se refiere a la diligencia que cada uno emplearía en sus propios asuntos. Por otra parte, la culpa será *levis* o *lata*, en función de si la gravedad es menor o mayor, respectivamente; y además, el deudor no responderá en caso fortuito (siempre que no se aprecie dolo o culpa⁹⁶).

En tercer lugar y ya para finalizar, expondremos brevemente el tema de la mora y su relación con la responsabilidad. En este sentido, la mora puede ser del deudor (*mora debitoris*⁹⁷) cuando el deudor se retrasa en el cumplimiento de la prestación; pero también del acreedor, cuando el éste se niega a recibir la prestación del deudor. Por lo tanto, en estos supuestos si la cosa se pierde o se deteriora sin culpa suya (puesto que la obligación se ha de cumplir a tiempo), la responsabilidad será del deudor si éste se retrasa en su cumplimiento, o del acreedor si éste se niega a recibir la prestación.

⁹⁵ *Item*. apartado 1.7.

⁹⁶ lo cual lleva aparejado un sistema subjetivo de responsabilidad contractual; a diferencia de la fuerza mayor, que se equipara con un sistema objetivo de responsabilidad contractual.

⁹⁷ Distinto del incumplimiento definitivo de la obligación, supuesto en el que ya no habrá mora (sino incumplimiento).

Título II.- Comentarios de una selección de textos del *Corpus Iuris Civilis*.

2.1.- El Código, Constitución Primera.

LIBRO IV: TÍTULO XXIII.

DEL COMODATO.

1. *Los Emperadores DIOCLECIANO⁹⁸ y MAXIMIANO⁹⁹, Augustos, a SCÉVOLA.- Lo que ciertamente se pierde por fuerza mayor, no se suele contar en detrimento de aquellos a quienes se dan cosas en comodato. Pero como se expone que el que pretendía que por ti se le diera en comodato un buey, tomó a su cargo, en contemplación a una invasión de enemigos, el peligro de la pérdida, y el riesgo del daño futuro, si hubieres probado que él te prometió la indemnidad, el presidente de la provincia le compelerá a cumplir lo pactado en la convención¹⁰⁰.*

⁹⁸ En la historia del Derecho romano, Cayo Aurelio Valerio Diocleciano emprendió una carrera militar que le permitió convertirse en primer comandante de la guardia imperial y más tarde en cónsul. Fue aclamado emperador en Nicomedia (el 20 de noviembre de 284), y llevó a cabo una serie de importantes reformas internas que perseguían centralizar el poder, racionalizar la administración, sanear la economía y reorganizar el ejército, pero también elaboró leyes que constan todavía en el *Código de Justiniano*. Durante su gobierno, la figura del emperador adquirió carácter divino. En el 305 enfermó y renunció a sus responsabilidades políticas, abdicó en favor de Galerio y obligó a Maximiano a hacer otro tanto en beneficio de Constancio Cloro. (Información extraída de Miquel, Joan. *Historia del Derecho Romano*. Madrid: PPU, 1995.)

⁹⁹ Marco Aurelio Valerio Maximiano Hercúleo es el nombre completo del comúnmente conocido como Maximiano. Fue César en el 285 y Augusto del Imperio romano hasta el 1 de mayo de 305. Compartió el cargo de augusto con Diocleciano, coemperador y emperador senior, político creador de la tetrarquía. El 1 de mayo del año 305, Maximiano y Diocleciano abdicaron simultáneamente en ceremonias separadas que se celebraron en Milán y Nicomedia respectivamente.

¹⁰⁰ El emperador Justiniano (482- 565 d. C) asumió el trono imperial de Constantinopla en el 527, y fue el propulsor de la compilación en una época conocida como Historia de la Compilación. La compilación consistió en agrupar todo el derecho, e iba dirigida no solamente a la enseñanza, sino también a los jueces para que éstos la aplicaran en la resolución de conflictos. Dicha compilación en la época de la historia de Justiniano recibió el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, y consta de tres volúmenes, siendo uno de ellos el “Código de Justiniano” (*Codex*), una antología de leyes imperiales. El Código fue el primer libro que se publicó en una primera edición del año 529 (para hacerlo se aprovecharon los Códigos Gregoriano y Hegemoniano (que conservaban rescriptos de Adriano a Diocleciano), el Código Teodosiano (que compilaba leyes desde Constantino hasta Teodosio II), y las leyes posteodosianas). En el año 534 se hizo una nueva edición (*Codex repetitae praelectionis*), que es la que se nos conserva; y consta de 12 libros,

COMENTARIO:

Para comenzar y a modo de introducción consideramos oportuno comentar que el comodato tiene una finalidad económico-social, puesto que en este contrato al haber intercambio de bienes se da un aprovechamiento de una riqueza ajena (por parte del comodatario) sin que el comodante espere recibir nada a cambio, ya que actúa de buena fe y coopera y colabora con otros individuos.

divididos en títulos, con sus respectivas rúbricas, y éstos divididos en leyes, colocadas, dentro de cada título, por orden cronológico; de manera que cada ley va precedida del nombre del emperador que la emitió. La forma de citarlo es por el signo o abreviatura CJ., seguido de los números del libro, título, y ley; se suele añadir entre corchetes el año en que la ley fue publicada, y para mayor precisión conviene anteponer el nombre del emperador que la emitió (por ejemplo: Gordiano CJ. 2,6,3 [240]). Las constituciones imperiales son resoluciones legislativas dictadas por el emperador y de cumplimiento obligatorio, y fueron fuente del Derecho que emanaba directamente del Príncipe. Aunque en los inicios del Principado fueron escasas, poco a poco, se fueron haciendo más numerosas, hasta el punto de llegar a convertirse en la fuente más importante del derecho romano, de ahí que adquiriesen el nombre de *leges* (frente a los *iura* que lo conformaban los comentarios jurisprudenciales). Durante el Principado, las constituciones imperiales podían adoptar hasta cuatro formas distintas: *Edicta*, *Decreta*, *Rescripta* y *Mandata*. La primera, la *Edicta*, se caracterizaba por ser edictos promulgados por el Príncipe en el ejercicio del *ius edicendi*. De la segunda, la *Decreta*, decir que a partir de Octavio surge un nuevo procedimiento, el extraordinario (se desarrollaba en una única fase ante un magistrado-juez y ante la facultad que se le dio al Príncipe de actuar como magistrado-juez), y las sentencias o resoluciones que el Príncipe emitía adoptaban la forma de constitución imperial. En relación con la tercera, la *Rescripta*, comentar que eran las respuestas que el Príncipe o Emperador daba a las consultas que le hacían funcionarios o particulares sobre cuestiones jurídicas (y podían expresarse de dos formas: *Epistula*, si el solicitante era una persona importante la respuesta se emitía a través de una carta, y si el solicitante era un simple particular sin relevancia social, la respuesta se daba en forma de *Proclama*, es decir, en el mismo pliego de la pregunta se formulaba la respuesta. La diferencia, en definitiva, era una simple cuestión formal, ya que el valor o la eficacia jurídica de la respuesta era la misma para un caso u otro). Por último, la *Mandata*, eran órdenes o instrucciones que daba el Príncipe o emperador a los funcionarios públicos (generalmente de índole administrativa). Sin embargo, esta clasificación desapareció en la época postclásica, pues la norma que dicta el emperador funciona como única fuente del derecho y, por tanto, como ley general. Tuvieron forma de edictos, de ahí su nombre de *leges edictales*, e iban dirigidas al Senado, al pueblo o a los funcionarios (mientras, las otras formas de constituciones imperiales iban cayendo en desuso). No obstante, surge una nueva categoría de disposiciones imperiales a las *leges generales*, llamadas “pragmáticas”, y dictadas a petición de entidades oficiales o por iniciativa directa del emperador, para que rigiesen sobre determinadas provincias o grupos de personas.

Al principio, el comodato es un contrato real en el que el comodatario respondía por custodia (responsabilidad objetiva) en el ámbito de la fórmula *in factum*. Sin embargo, y con la aparición de la fórmula *in ius*, que tiene en cuenta la *bona fides*, el comodatario pasó a responder también por la *diligentia* (responsabilidad subjetiva). En este sentido, el juez valoraba todas las circunstancias que rodearon el incumplimiento, fijando el importe exacto de la condena atendiendo al criterio de la buena fe contractual. En definitiva, en Derecho clásico, el comodatario respondía hasta el límite de la custodia, y en Derecho justiniano¹⁰¹, se difumina el concepto de custodia, y se responde de *exactissima diligentia*; es decir, responderá por la pérdida o deterioro de la cosa por hurto o daño siempre que no haya culpa por su parte. Sólo en casos de fuerza mayor el comodatario está exonerado de responsabilidad, excepto que destinando la cosa a un uso distinto del acordado, ésta perezca. De este modo, se puede observar que la responsabilidad se agrava en caso de pérdida de la cosa, cuando el comodatario la destina a un uso distinto de aquél para el que se prestó. Así pues, la responsabilidad contractual del comodatario debe ser puesta en relación con la estructura jurídica del comodato. Justiniano construye una teoría en la que la responsabilidad *per diligentia* cuenta con diversos grados de intensidad (el mínimo para los del dolo, el grado de responsabilidad algo superior en caso de culpa, y el grado muy elevado de responsabilidad para los de *culpa y diligentia*). En todo caso, la jurisprudencia posterior (ya posiblemente en tiempos de Ulpiano) va a tener en cuenta más que nada el provecho que el comodatario obtiene de la relación, considerando en este sentido un motivo insuficiente para disminuir su responsabilidad el hecho de que también el comodante pueda verse beneficiado de la misma. Por tanto, el comodatario responde si hace un uso de la cosa diverso al acordado, provocando así su desaparición o menoscabo, aunque tal resultado esté conectado directamente a una circunstancia constitutiva de fuerza mayor¹⁰². Por lo tanto, había dos casos en los que el comodatario respondía incluso del caso fortuito y de la fuerza mayor: cuando expresamente se hubiere comprometido a responder por el caso fortuito o la fuerza mayor (*contractus ex conventione legem accipiunt*); y cuando la cosa que se dio en comodato hubiese sido estimada, en cuyo

¹⁰¹ Ulpiano, acerca de la responsabilidad del comodatario, no podría pensar sólo en la responsabilidad por custodia, de donde se obtienen los distintos supuestos de comodato, extraídos del título del Digesto XIII, 6, *Commodati vel contra*, estableciendo la responsabilidad en época de Justiniano.

¹⁰² e igualmente responde si ante un caso de naufragio, incendio o similar, decidió salvar sus cosas antes que las del comodante, que tenía en préstamo.

caso el comodatario era siempre responsable por la estimación o valor de la *res sibi commodata*, ya que se consideraba que la fijación de valor o estimación implicaba una mayor responsabilidad.

2.2.- Fragmentos del Digesto.

Antes de analizar los textos, creemos oportuno hablar del Digesto y de su propulsor. El emperador Justiniano ordenó la elaboración de una compilación¹⁰³ que agrupara todo el derecho (no solamente las leyes del Código Teodosiano, sino también los textos jurisprudenciales), dirigida a la enseñanza y a los jueces, para que éstos la aplicaran en la resolución de controversias. Los trabajos de compilación recayeron principalmente en varios profesores de derecho, entre los que destacaron Triboniano, Teófilo y Doroteo. *Corpus Iuris Civilis* es la denominación de dicha compilación, y consta de tres volúmenes, siendo uno de ellos el *Digesto*.

Se puede afirmar que el Digesto (*Digesta*) o “*Pandectas*”¹⁰⁴ es la parte más importante de la compilación de Justiniano, publicado en el año 533, y que acumula buena parte de las obras de los juristas de la etapa clásica central, pero en especial, de los juristas de la etapa clásica tardía. Contiene 50 libros, divididos éstos en títulos, con sus propias rúbricas. Los títulos se componen de párrafos, que corresponden a fragmentos de libros jurídicos; cuando los párrafos son largos se subdividen en párrafos. Al principio de cada párrafo se indica el nombre del jurista y del libro de donde proviene el fragmento¹⁰⁵.

D. 13, 6, 9 (Ulpiano 2 ed): Pues nadie que comoda da la propiedad de la cosa al comodatario¹⁰⁶.

¹⁰³ Algo que ya intentó Teodosio II pero no llegó a prosperar.

¹⁰⁴ Por su nombre griego *pandectai*.

¹⁰⁵ Se cita por el signo D (o la abreviatura D.), seguida del número del libro, título, párrafo y, cuando existe, párrafo. Por ejemplo D. 4,10,1,1. Para mayor precisión conviene anteponer el nombre del jurista y del libro de donde procede el fragmento, por ejemplo Papiniano, libro 1 de las respuestas, D. 4,10,1,1.

¹⁰⁶ D. 13, 6, 9. (*Ulp. 2 ed.*). Domicio Ulpiano (Domitius Ulpianus) era natural de Tiro (en Fenicia). En su obra se aprecia el conocimiento de la literatura jurídica y la legislación imperial. Los compiladores tomaron de sus escritos el contenido del Digesto. Algunas de sus principales obras son las siguientes: los *Libri XXXIII ad edictum praetoris* y *ad edictum aedilium curulium* y los *Libri LI ad Sabinum*, un tratado

COMENTARIO:

Como ya hemos comentado¹⁰⁷, el comodante cuando presta la cosa al comodatario, nunca le entrega la propiedad¹⁰⁸; de modo que el comodatario es sólo tenedor de la cosa (posee en nombre ajeno y reconoce el dominio del comodante). Por tanto, el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada, y sus derechos son correlativos a las obligaciones del comodatario. Creemos oportuno comentar que la propiedad es el derecho real por excelencia, es el derecho real de usar, gozar y disponer de las cosas de las cuales se es propietario (sujeto a las restricciones de la ley y defendible por la acción reivindicatoria¹⁰⁹); esto es, tiene derecho de servirse de la cosa (*jus utendi*), derecho de obtener los frutos y rentas (*jus fruendi*) y derecho de disposición¹¹⁰ (*jus abutendi*). De

incompleto de *ius civile* interrumpido en la *reivindicatio*; como monografías complementarias de estos dos grandes comentarios pueden considerarse los *Libri VI fideicommissorum*, los *Libri IV de appellationibus*, el *Liber singularis de sponsalibus* y los comentarios a las leyes *Iula et Papia* (veinte libros), *Aelia Sentia* (cuatro) y *Iulia de adulteriis* (cuatro); siendo muy destacada su aportación al derecho público y administrativo con estudios monográficos sobre diferentes *officia imperiales* (los *Libri de officio*); también escribió dos colecciones de casos (*Libri X disputationum* y *Libri II responsorum*) y demás obras elementales como los *Libri II Institutionum* o los *Libri VII regularum*. Fue incluido en la *Ley de Citas* del 426, y fue asesor junto con Paulo del *praefectus praetorio Papiniano*; bajo Alejandro Severo fue *magister a libellis*, miembro del *consilium imperial* y *praefectus annonae* y *praefectus praetorio*. Finalmente, falleció asesinado por los pretorianos en 228 d.C.

¹⁰⁷ Supra. en el Título I.

¹⁰⁸ No se tiene conocimiento de que Roma en sus comienzos hubiera acuñado el concepto de propiedad. Se llegó a este concepto resumiendo la filosofía jurídica del pueblo romano, sus juristas y sus legisladores. Ulpiano da una idea de que se entiende por propiedad al definir al *Pater familiae*, afirmando “*qui in domo dominium habeat quamvis filios habeat*”. Por lo tanto, entendía que dominio era propiedad ejercida sobre una determinada cosa, y consideró que era necesario establecer una definición, de modo que así lo hizo en las *Institutas*: “*dominius est plena in re potestas*”.

¹⁰⁹ Utilizada contra la violación del derecho, y que permite que el propietario no poseedor la ejerza contra el poseedor no propietario con la finalidad de lograr su restitución o el pago de su valor. Esta acción se puede ejercitar contra el poseedor, contra el tenedor a nombre de otro, y Justiniano extendió la posibilidad contra el que dejó de poseer dolosamente y contra el poseedor ficticio (*rictus passesor*). Puede tener por objeto cosas susceptibles de propiedad privada, muebles o inmuebles considerados a título particular y no a universalidades. En el momento de la restitución, se tendrá que entregar la cosa y sus accesorios, los frutos que haya percibidos desde la *litis contestatio* y los percibidos antes de la *litis*. Si el poseedor era de mala fe, tendrá que indemnizar por los daños y perjuicios; mientras que si era de buena fe, deberá resarcir los gastos necesarios que hubiera realizado (entendidos éstos como los gastos útiles).

¹¹⁰ Que incluye hasta la destrucción.

este modo, el comodatario solamente adquiere el uso de la cosa, goza del beneficio de usar la cosa que le ha sido dada (pero también tiene la obligación de restituir al comodante acabado el plazo la misma cosa). En conclusión, el comodante conservará la propiedad y posesión civil de la cosa; mientras, el comodatario adquirirá un derecho personal de uso, y no podrá apropiarse los frutos ni los aumentos sobrevenidos a la cosa prestada.

Ya para finalizar con este texto, creemos oportuno mencionar que la *traditio* consiste en la entrega material de una cosa hecha por una persona (*tradens*) a otra (*accipiens*). En un principio puede ser un modo de adquirir la propiedad; no obstante, no toda *traditio*¹¹¹ conlleva que se adquiriera la propiedad. Quien recibe una cosa por *traditio* puede adquirir la posesión y la propiedad, solamente la posesión, o la simple detención (*possessio naturalis*), que es el caso del comodato.

D. 13, 6, 10 (Ulpiano 29 Sab): Es cierto que el comodatario que usó de la cosa con el fin para el que la recibió no tiene responsabilidad, si no la deterioró por su culpa en parte alguna, pues si la deterioró por su culpa, queda obligado. (1) Si di una cosa a alguien para que la examinara, se pregunta si es semejante a un comodatario; y si la di a causa de mi interés, por querer saber cuánto podía valer, responderá tan sólo por su dolo; sí, en cambio fue por su interés, también responderá por la custodia, y consiguientemente tendrá la acción de hurto. Si se pierde la cosa cuando se la llevaban, el riesgo es mío si yo había mandado quien la llevase, pero si él encargó a quien quiso, me responderá incluso por su culpa, si tenía interés en recibir la cosa¹¹².

COMENTARIO:

Para Ulpiano¹¹³, la responsabilidad contractual del comodatario debe ser puesta en relación con la estructura jurídica del contrato de comodato. En el Derecho Romano, el

¹¹¹ La falta de *iusta causa* en este caso no produciría el efecto adquisitivo del dominio, el *accipiens* solamente adquiriría la posesión de buena fe (*possessio ex bona fide*).

¹¹² D. 13, 6, 10. *Ulp. 29 Sab.* Supra pág. 34-35 (en nota a pie de página núm. 105).

¹¹³ Ulpiano, partiendo de la fórmula *in ius concepta*, desarrolla el tema de la responsabilidad contractual del comodatario sobre la base de las líneas ya trazadas antes por Quintus Mucius en relación a la *actio in factum*. De ello deriva que a la duplicidad formularia de la *actio commodati* no correspondía de hecho una

concepto de responsabilidad contractual se ha ido elaborando con el paso del tiempo (de modo que no responde a una figura dogmática establecida de antemano). La figura de responsabilidad que introdujo Ulpiano era la custodia, sustituida en la Compilación por la *culpa* y la *diligentia*. Los juristas clásicos Paulo y Ulpiano valoran la actitud que tiene el sujeto que custodia la cosa en el momento de determinar la responsabilidad. Frente a los dos criterios de la época clásica: la custodia (responsabilidad absoluta por determinados acontecimientos externos) y la culpa¹¹⁴ (en casos de pérdida o menoscabo de la *res commodata* derivados de un mal comportamiento, no derivados de fuerzas externas), aparece la *exactissima diligentia in custodienda rei*, para aquellos casos en los que no concurre fuerza mayor. Por tanto, si el comodatario¹¹⁵ usa la cosa en conformidad a su propia naturaleza y destino, o bien al tenor de lo pactado (ya que de lo contrario comete hurto de uso), no tendrá responsabilidad si dicha cosa sufre un deterioro; pero en caso de que el comodatario use la cosa para uso distinto, incluso en casos de fuerza mayor siempre que actúe de forma incorrecta será responsable¹¹⁶.

Por otro lado, como ya se ha comentado¹¹⁷, puede darse en comodato una cosa no para que se use, sino para que se exhiba, o incluso para que alguien la examine. En este caso, si la cosa ha sido dada en interés exclusivo del comodante, la responsabilidad queda limitada al dolo¹¹⁸ (entendido el dolo como la intención maliciosa de causar daño a otro, y que constituye un grave atentado a la *fides*), pero si es en interés común, a la culpa¹¹⁹ *in concreto*. Por lo tanto, en caso de que sea en interés del comodatario, éste responderá por custodia porque el negocio le beneficia a él (deduciéndose tal ventaja o provecho y del uso gratuito que se hace del uso de la cosa ajena). Pero si el comodante

naturaleza diferente de la responsabilidad del comodatario: objetiva (*per custodia*) en la fórmula *in factum*; subjetiva, en la fórmula *in ius*

¹¹⁴ En el derecho romano clásico no existió una reglamentación definida de la responsabilidad contractual, ni están claros los conceptos de dolo y culpa. La clasificación de la culpa en grave, leve y levísima es post clásica.

¹¹⁵ Obligado a usar la cosa de acuerdo con los términos y límites que se hayan establecido en el contrato, o de acuerdo con la naturaleza y destino naturaleza de la cosa; y como el comodato es un préstamo de uso, si se hace con la cosa un uso diferente al señalado, en el derecho Justiniano cometía hurto (*furtum usus*), de acuerdo con el D. 13, 6, 17, 3 y D. 13, 6, 5, 8.

¹¹⁶ D. 13, 6, 5, 3. (Pomp. 11 Sab).

¹¹⁷ Supra. en el Título Primero.

¹¹⁸ D. 13, 6, 5, 2 (Ulpianus, lib. XXVIII ad Edictum).

¹¹⁹ D. 13, 6, 18 (Gaius, lib. XVIII ad Edictum provinciale).

lo deja en su interés, el comodatario solamente responderá por dolo. Finalmente, decir que si el comodatario entregaba la cosa a un tercero para que se la entregara al comodante, y la cosa perecía, se destruía o se dañaba en poder del tercero, hay que distinguir dos supuestos: si el comodante había designado al tercero para que le entregara la cosa, el comodatario estaba libre de responsabilidad¹²⁰; pero si el comodante no había designado al tercero, el comodatario se hacía responsable de toda pérdida o daño (excepto que manifiestamente haya designado a una persona de honestidad y capacidad reconocidas)¹²¹.

D. 13, 6, 5, 15 (28 ed): Si un vehículo se comodó o arrendó a dos personas juntamente, cabe preguntarse si cada una de ellas se obliga por entero o en parte¹²².

COMENTARIO

En este supuesto nos encontramos ante un comodato realizado a favor de dos personas, y opinamos que la cuestión a abordar es el tema de la responsabilidad, por lo tanto, el interés del jurista no está tan dirigido a la obligación en sí, sino a la entrega. La cesión del uso es la clave para determinar si la cosa se entrega a los comodatarios de modo solidario o de forma individual (*pro parte*). A diferencia de lo que ocurre con el dominio, el uso se ejerce solidariamente, aunque en determinados supuestos se cede el uso parcial¹²³ (al no ocuparse más que una plaza).

Además, por un lado, Celso¹²⁴ considera que no puede darse la propiedad o la posesión por entero a cada uno de los dos. Ningún copropietario puede ser copropietario de una parte material de una cosa, sino que tiene la propiedad en una parte indivisa de la cosa entera; en cambio, el uso de un baño, de un coche o de un terreno es de cada copropietario por entero (de manera que uno no usa menos que otro).

¹²⁰ D. 13, 6, 19.

¹²¹ D. 13, 6, 20.

¹²² Ulpiano (*Supra pag.* 34-35 (en nota a pie de página núm. 105)), 28 ed. D. 13, 6, 5, 15.

¹²³ *Infra*. Ulpiano en dos párrafos más abajo.

¹²⁴ P. Juvencio Celso, padre, fue el cabeza de los *Proculiani* después de Pegaso. Citado por muchos juristas posteriores pero que no mencionan sus obras.

Por su parte, Labeón¹²⁵ y Ulpiano establecen que en el caso del vehículo comodado se tiene un derecho a uso parcial (pues no se ocupan todas las partes del vehículo); pero los comodatarios responderán del dolo, la culpa, la diligencia y la custodia al considerarlos como deudores solidarios en caso de que algo ocurra (es decir, cada uno de los contratantes responde por custodia, por dolo y/o culpa de la pérdida o deterioro del vehículo comodado), y si uno paga la indemnización, mediante ese pago se libera al otro. Por lo que atañe a las acciones, el comodante, podrá ejercitar la *actio commodati* contra cualquiera de los dos comodatarios (o incluso a los dos acción de regreso); y a su vez, ambos comodatarios tendrán la acción de hurto.

D. 13, 6, 14 (Ulp 48 Sab): Podemos comodar también una cosa ajena que tengamos en posesión, aunque sepamos que es ajena¹²⁶.

COMENTARIO

El comodato es un contrato real (en el que la simple promesa de prestar no obliga), de modo que cuando se entrega la cosa al comodatario éste pasa a ser mero tenedor de la cosa (no poseedor porque no tiene el *corpus* ni el *animus*). Por este motivo, puede dar alguien que no es dueño de la cosa (como por ejemplo el arrendatario, el usufructuario y hasta el ladrón) una cosa en comodato¹²⁷. En este caso, si el verdadero dueño reclama la cosa antes de que se cumpla el tiempo de terminación del comodato, el comodatario no tendrá acción de perjuicios alguna en contra del comodante¹²⁸ (es decir, el comodatario deberá restituir la cosa y no podrá exigir indemnización al comodante), y solo podrá

¹²⁵ Marco Antistio Labeon es hijo de Pacuvio Antistio Labeón y discípulo de Cayo Tebacio Testa. Fue un jurista de muy amplia cultura y de gran creatividad (pues se le conoce porque “comenzó a innovar muchas cosas”) y se le considera el fundador de la escuela o “secta” de los *Proculiani*. Fue maestro sobresaliente y prolífico escritor. De su producción destacan los comentarios *Ad edictum* en 30 libros por lo menos y *Ad legem XII Tabularum*, los *Libri de iure pontificio* y obras de orientación casuística como las colecciones de *Epistulae* y *Responsa* y los *Pithana*; los *Libri posteriores* (cuarenta en concreto) fueron publicados póstumamente por un editor desconocido. Alcanzó la pretura siendo políticamente conservador, y rechazó el consulado que le ofreció Augusto.

¹²⁶ D. 13, 6, 14. *Ulp. 48 Sab. Supra pag.* 34-35 (en nota a pie de página núm. 105).

¹²⁷ Sin embargo, no parece posible que se pueda llevar a cabo el comodato de cosa ajena cuando la tenencia de la cosa deriva de un derecho personalísimo e intransmisible (como el uso o la habitación).

¹²⁸ pues la obligación de garantía es propia de los contratos de tipo oneroso

demandarlo por perjuicios cuando haya dado la cosa en comodato a sabiendas de que era ajeno y no lo manifestó al comodatario¹²⁹ (de manera que si el comodante conocía que la cosa era ajena y no informo de esta situación, el comodatario tendrá derecho a indemnización¹³⁰).

D. 13, 6, 23 (Pomp 21 ad Q. Muc.): Si te hubiera comodado un caballo para que luego lo usaras hasta determinado lugar, y el caballo se hubiera deteriorado, sin culpa tuya, en aquel viaje, no quedas obligado por la acción de comodato, pues será mi culpa por haber comodado para tan largo viaje un caballo que no podía resistir aquel esfuerzo¹³¹.

COMENTARIO

En este fragmento del Digesto, se hace alusión a la culpa del comodante (*nam ego in culpa ero.... non potuit¹³²*) cuando presta algo al comodatario que no sirve para la

¹²⁹ La legislación colombiana también reconoce que el comodato de cosa ajena es válido y produce todos los efectos de ley. Y establece que si la cosa no perteneciere al comodante, y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante, a no ser que éste haya sabido que la cosa era ajena, y no lo hubiera advertido al comodatario, ya que se protege la buena fe de las partes.

¹³⁰ Aunque el comodato es un contrato de préstamo de uso de una cosa mueble (o inmueble) que reviste el carácter del gratuito cuando se causan perjuicios al comodatario por prestarle una cosa ajena a sabiendas de esta situación, sin comunicarle, parece lógico que el comodatario tenga derecho a indemnización por los perjuicios causados, y el comodatario podrá ejercer entonces el derecho de retención sobre la cosa prestada.

¹³¹ D. 13, 6, 23. *Pomp. 21 ad Q. Muc.* Sexto Pomponio (Sextus Pomponius) ha sido un jurista muy utilizado por los compiladores del Digesto. Ajeno a las controversias de la escuela, no tuvo el *ius respondendi* y se dedicó a la enseñanza del derecho. Fue autor de una gran obra que recoge los resultados alcanzados por la anterior jurisprudencia, y destacan sus tratados de *ius civile* escritos como comentarios a juristas anteriores: *Libri XXXVI ad Sabinum*, *Libri XXXIX ad Quintum Mucium*; los *Libri VII ex Plautio*, en los que predomina el *ius honorarium*; un amplio comentario *Ad edictum* conocido por las citas de los juristas posteriores; monografías como los *Libri V senatusconsultorum*, los *Libri V fideicommissorum* y los *Libri de stipulationibus*; veinte *Libri epistularum*; un *Liber singularis regularum* y un *Liber singularis enchirididi* que ofrece una breve historia del derecho y la jurisprudencia romana. Vivió alejado de la vida política y fue contemporáneo de Salvio Juliano.

¹³² Concepto al que se hace alusión en Serrano Vicente, Martín. *Custodian praestare: la prestación de la custodia en el derecho romano*. Madrid: Tebar, 2007.

finalidad con la que se prestó; y entonces el comodatario no será responsable por los daños en la cosa prestada. Si la cosa dada en comodato (en este caso el caballo) perece sin culpa del comodatario, éste queda libre de restituirla o de pagar alguna indemnización excepto tres casos: si pereció por culpa suya dando a la cosa otro uso del que se había concedido; si fue moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño; o si acuerda con el comodante que pagará los daños o perjuicios¹³³. El comodante, por su parte, tiene la obligación de dar la cosa sin vicio, y si lo tuviere y no lo hubiera manifestado (sabiéndolo) debería pagar al comodatario todo el daño que este hecho le hubiera ocasionado. Mientras, el comodatario deberá correr con los gastos que ocasione el caballo (darle de comer y lo demás que fuese necesario mientras se sirviera de él). En el supuesto de que el caballo llegara a enfermar sin culpa suya, su dueño (el comodante) pagará lo que se hubiese gastado el comodatario en medicinas y en el profesional que lo asistió y lo puso en tratamiento. El comodatario no puede retener el caballo a título de deuda, salvo que dicha deuda fuese contraída por beneficio y razón de la misma cosa desde que se le prestó.

El comodante estará en la obligación de indemnizar al comodatario por los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto dado en préstamo de uso. Ello será así siempre que la mala calidad de la cosa dada en comodato haya sido de tal naturaleza que haya ocasionado perjuicios, que el comodante supiera de la mala calidad y no lo hubiere manifestado al comodatario, y que el comodatario no hubiera podido conocer de la mala calidad. En este caso, el comodatario podrá retener la cosa mientras el comodante no efectúe la indemnización (Salvo que el comodante preste garantía de la cantidad en que se le condenare)¹³⁴.

2.3.- Caso del Profesor García Garrido¹³⁵.

¹³³ Con arreglo a lo estipulado en la prestación de las culpas.

¹³⁴ Si el comodatario perdió la cosa y habiéndola pagado la hallare el comodante, tendrá éste la elección de retener la cosa y devolver el precio que se pagó; o conservar el precio y entregar la cosa al comodatario; pero si el que la encontró fue un tercero, se la podrá demandar al mismo porque ya pagó por dicha cosa.

¹³⁵ En García Garrido, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano. Acciones, casos, Instituciones*. 1a. ed. abreviada. Madrid: Dykinson, 1993, pp. 330-331.

EL PRÉSTAMO DE ARTESA

Cierto esclavo (Estico) prestó una artesa sin conocimiento de su dueño (Mario). El comodatario (Ticio) la dio en prenda (a un acreedor Sempronio) y se dio a la fuga. El que recibió la artesa dice que sólo la devolvería después de cobrar la cantidad que se le debía. Cobróla del esclavillo (Estico) y devolvió la artesa. Se planteó la cuestión de si puede reclamársele la cantidad cobrada¹³⁶.

COMENTARIO

En este supuesto de hecho existen dos relaciones crediticias: una de comodato o préstamo de uso entre el esclavo (Estico) y Ticio; y otra de prenda para garantizar una deuda de Ticio con Sempronio. Por tanto, la solución dependerá de si Sempronio sabía o no que lo que Ticio le dio en prenda no era suyo (sino de un tercero y recibió cosa ajena).

Ante tal caso, Paulo es de la opinión de que si Sempronio conocía que Ticio le había dado en prenda algo que no era suyo, se obligaba por hurto, y si hubiera recibido de Estico (el esclavo) una cantidad que sirviera como precio de la cosa hurtada, podrá repetirse. Si por el contrario no sabía que lo que Ticio le dio era de un tercero, no pasa a ser considerado ladrón, y lo que hubiera cobrado del esclavo no se puede repetir de él esa cantidad. Por otro lado, Ulpiano¹³⁷ considera que si Estico dio en comodato una cosa sabiendo el comodatario que no era suya, (en este caso de Mario, su dueño), nace la acción de hurto (aparte de la del comodato), y también la condición a causa de hurto.

¹³⁶ Paulo, 5 epit. Alf. dig. D. 12, 6, 36. Julius Paulus Prudentissimus fue uno de los más influyentes y distinguidos juristas romanos. También fue Pretor, sirviendo en la época de la Dinastía Severa del Imperio Romano. El jurista romano Herenio Modestino describió a Paulo (junto con Ulpiano y Quintus Cervidius Scaevola) como uno de los grandes juristas romanos de su tiempo. Paulo escribió 319 publicaciones jurisprudenciales. Su trabajo fue bastante prolífico, expresando no sólo el análisis de lo dispuesto por otros juristas, sino que también dio su punto de vista. Escribió sobre una gran variedad de temas y dejó un legado de conocimiento jurídico. Algunos trabajos de Paulo fueron tenidos en cuenta para elaborar la Ley de citas en el año 426; además, una sexta parte del Digesto está basado en uno de los trabajos de este jurista (de hecho, después de Ulpiano, es el segundo jurista más nombrado).

¹³⁷ D. 13, 6, 14.

En definitiva, Mario podrá ejercitar contra Sempronio la *condictio indebiti*¹³⁸ por la cantidad que le ha pagado su esclavo ya que la deuda no era de su dueño. Y si Ticio regresase, Mario podría ejercitar contra Ticio la *actio commodati* y la *actio furti*, y contra Sempronio en el caso de que fuere conocedor de que la artesa era robada.

¹³⁸ La *condictio indebiti* es una acción que procedía cuando por error de hecho o de derecho excusable se había pagado algo que no era debido, sin mala fe del receptor para obtener la repetición o devolución de lo erróneamente pagado (en caso de que hubiere mala fe por parte del receptor, procedía la *condictio furtiva*); esto es, para repetir lo que se pagó de manera indebida, y corresponde al que hizo el pago contra el que lo recibió. El pago de lo indebido es un cuasicontrato, en el que la obligación de restituir nace de un error. Para poder hablar de *condictio indebiti* es requisito indispensable la existencia de un pago que no deberíamos de realizar, de manera que es necesario que se pague a alguien algo que no se debe porque la obligación no existía entre el que paga (*solvens*) y el que recibe (*accipiens*), o bien porque se paga a una persona distinta del que verdaderamente es el acreedor, o cuando quien pagó no era el deudor verdadero (D. 12, 6, 65, 9). Además, también es necesario que exista un error excusable, de modo que si alguien pagó indebidamente a sabiendas de que no debía, se presume que hubo intención de donar y en este caso no podrá reclamar lo que dio (D. 50, 17, 53).

**Título III. La fórmula *in ius concepta* del procedimiento formulario¹³⁹.
Acción de comodato directa¹⁴⁰**

Sea juez G.A.; Puesto que A.A. ha dado en comodato a N.N. la cosa de que se trata – por ejemplo un carro para transportar cosas del campo-, en relación a todo aquello que, por tal causa, N.N. debe dar o hacer en favor de A.A., según la buena fe, condena juez a N.N. en relación a A.A; si no resulta probado, absuélvele

(A.A es el actor, aquí el comodante

N.N. es el demandado, aquí comodatario)

¹³⁹ La figura del pretor apareció después de la promulgación de las *leges Liciniae Sextiae* (367 a.C) en principio como magistratura reservada a los patricios, pero que con el paso del tiempo, también se hizo accesible a los plebeyos a partir del 337 a.C. La función principal del pretor guardaba relación con su competencia en la jurisdicción civil, actuando en la fase *in iure* del procedimiento. Al principio, y en virtud del *ius edicendi*, publicaba mediante el *edictum* las normas procesales que estarían vigentes en el año de mandato; lo que favoreció la formación del *ius honorarium*. Al principio, el pretor urbano se encargaba de resolver los conflictos que surgían entre ciudadanos romanos; no obstante, a partir del 241 a.C, apareció el pretor peregrino, el cual se encargaba de solucionar las controversias surgidas entre ciudadanos romanos con extranjeros o extranjeros entre sí. En sus orígenes eran dos los magistrados que se encargaban de ello, pero entre los años 227 a.C y 179 a.C, su número se vio aumentado, de modo que fueron hasta seis los magistrados encargados de resolver los conflictos. Por tanto, resulta de especial importancia el edicto del pretor, pues al actuar como magistrado en los procesos del *ordo iudiciorum privatorum*, de forma anual actualizaba en su edicto las reglas que resultaban de aplicación, de modo que se iban perfeccionando de forma periódica y ágil muchas de las instituciones de Derecho privado, además de dar contenido a una de las ramas del Derecho romano, el *ius honorarium*. El edicto es una fuente del Derecho, pudiendo afirmar que es una norma o regla jurídica escrita, pero no es ley¹³⁹, puesto que el edicto tiene una vigencia de un año (el tiempo en el que el magistrado está en su cargo). El edicto era redactado en tablas de madera blanca (*album*) y era publicado en el *Forum*, recibiendo en su conjunto la denominación de *edictum perpetuum*. No obstante, podía ser completado por decisiones secundarias relativas a detalles imprevistos y adoptados durante el ejercicio del cargo por el pretor (*edicta repentina*). El edicto constaba de dos partes: el *edictum traslativum* (la parte conservada del edicto anterior) y el *edictum novum o pars nova* (parte nueva que añadía el pretor que asumía el cargo; pues en los inicios del Principado los magistrados siguieron publicando sus edictos, pero a partir de Adriano esta actividad se vio paralizada. Adriano fue el emperador que encargó la compilación en una sola obra de todos los edictos anteriores, dando lugar a la aparición del Edicto Perpetuo de Adriano. Esta codificación precipitó la desaparición del *ius honorarium*, pues desde entonces, el edicto no podía ser modificado más que por el emperador y los magistrados cuando accedían a su cargo se limitaba a publicar dicha obra).

¹⁴⁰ Aquella acción que concede el Pretor al comodante para reclamar al comodatario la devolución de la cosa prestada.

COMENTARIO

El comodatario debe restituir la cosa en el lugar convenido con todos sus accesorios una vez transcurrido el tiempo estipulado en el contrato o el suficiente para el uso para el cual fue entregada la cosa. Si las partes pactan un plazo, el comodante no puede pedir la restitución de manera anticipada; pero si las partes no lo acuerdan, el comodatario está defendido ante una reclamación intempestiva de la cosa.

La *actio commodati directa*¹⁴¹ es aquella acción que permite al comodante y a su heredero reclamar al comodatario y/o su heredero la restitución de la cosa objeto de comodato. El actor (el comodante) tendrá la carga de probar que ha existido un comodato, y el demandado (el comodatario) la carga de probar que ha devuelto la cosa prestada (*reddere*) con *exceptio doli*. La condena es al *quanti ea rest erit*, es decir, al valor que tiene la cosa en el momento de la sentencia. La fórmula no contiene cláusula arbitraria, pero el demandado se exonera de la condena en virtud del mismo supuesto de hecho que ella incluye, de no haber habido devolución, pues si devuelve, incluso después de la *litis contestatio*, ese supuesto falla y debe haber absolución. Pagada la condena, el comodatario la posee como comprador, y de no haber sido su dueño el comodante, la adquiere así por usucapión. La *actio commodati directa in factum concepta* perseguía la devolución de la cosa, y si dicha cosa no era devuelta, perseguía su *aestimatio* (el valor de la cosa). La *actio commodati directa in ius concepta (ex fide bona)*, iba dirigida a obtener todo lo que el juez considerase exigible de acuerdo con los dictados de la buena fe¹⁴².

Cabe también tener presente, que si el comodatario usó la cosa fuera del fin convenido con el comodante, o de un modo en que el comodante no lo aprobara, (con independencia de que se pierda o se deteriore la cosa), el comodatario comete hurto (*furtum usus*). No obstante, el ejercicio de la *actio furti* excluye el de la *actio commodati*

¹⁴¹ Sólo comentaremos la *actio in ius concepta*. Conocemos la *actio in ius factum concepta*, pero no consideramos necesario el comentario en este trabajo.

¹⁴² En el caso de que el comodato fuese inválido, por falta de capacidad del comodatario, el comodante solamente disponía de la *actio ad exhibendum* o la *reivindicatio* para obtener la restitución de la cosa. En los últimos tiempos se otorgó la *actio commodati directa* contra el pupilo hasta la concurrencia del enriquecimiento por éste obtenido.

y viceversa¹⁴³. Y en caso de que el comodatario hubiera realizado daños en la cosa, el comodante dispone de la *actio legis Aquiliae*; no obstante, si se ejercita ésta, ya no cabe la del comodato (y lo mismo ocurre al revés)¹⁴⁴.

Para el Profesor Alejandro Guzmán Brito¹⁴⁵, “hasta la época del jurista Trebacio, se confería una *actio de dolo al comodatario*. En las fuentes más tardías aparece una *actio commodati contraria* (o *indicium contrarium*), cuya inserción en el sistema Clásico es muy problemática, de modo que quizá se trate de un recurso formado en la época posclásica. No debe descartarse que en la anterior haya podido servir la *actio negotiorum gestorum al comodatario para reclamar estas prestaciones del comodante*”.

Aunque el tema es discutido, el comodato estaba fuera del *ius civile*, de modo que su protección fue sólo pretoria y la *actio commodati directa* era una *actio in factum* concedida por el pretor. Tiempo después, y reconocido el comodato por el *ius civile* (en tiempos de Adriano con el Edicto de Juliano), la *actio commodati* fue un *actio in ius*.

Finalmente, y según varios profesores de la Universidad de Chile¹⁴⁶, “existen dudas de si la *actio commodati in ius concepta* incluía la cláusula *ex fide bona*. Pese a que Gayo no menciona a la *actio commodati* entre los *iudicia bona fidei*, el desarrollo de la fórmula *in ius concepta* resulta inentendible si no se admite que contuviese la cláusula *ex fide bona*. La fórmula *in factum concepta* se desarrolló en la época Republicana, cuando el *commodatum* aun no había sido reconocido por el *ius civile*. La fórmula *in ius concepta*, debió corresponder a este período aunque no fuese considerada como una fórmula *in ius concepta*, el juez estaría autorizado para resolver conforme a la *bonae fides*, en contraste con el *ius civile*”.

¹⁴³ Y teniendo en cuenta las reglas generales, el comodante dispone además de la *condictio furtiva* contra el comodante si la cosa se perdió (D. 44, 7, 34, 1).

¹⁴⁴ D. 13, 6, 18, 1.

¹⁴⁵ En Guzmán Brito, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

¹⁴⁶ Carola Alejandra Blanco Méndez, Fabiola Andrea Bustos Díaz, Begoña Javiera Fernández Ulloa, Evelyn Alejandra Montenegro Urrutia, Andrés Rubén Valenzuela Donoso, Pía Ignacia Vásquez Osorio, Felipe Ignacio Westermayer Hernández, María Fernanda Zelada Guzmán y Fidel Reyes Castillo.

Acción de comodato contraria¹⁴⁷

Sea juez G.A.; Puesto que N.N. ha depositado en favor de A.A. una mesa de plata, materia sobre la que se trata, en relación a todo aquello que por tal causa N.N. debe dar o hacer en favor de A.A., según la buena fe, condena juez a N.N. en relación a A.A.; si no resulta aprobado, absuélvelo

(A.A. es el actor, en este caso el comodatario

N.N. es el demandado, en este caso el comodante)

COMENTARIO

Como ya hemos dicho en el Título Primero, el comodato es un contrato real pero también bilateral imperfecto, puesto que eventualmente surgen obligaciones para el comodante. Por este motivo, y para la protección de sus derechos, el comodatario tenía a su alcance la *actio commodati contraria*,¹⁴⁸ que es la que ejercita dicho comodatario y/o su heredero, contra el comodante o su heredero, con el objetivo de que le indemnice por los daños sufridos como consecuencia de los vicios o defectos ocultos de la cosa (en el supuesto de que los desconociera) y por aquellos gastos necesarios y extraordinarios que el comodatario se vio obligado a realizar para la conservación de la cosa (siempre que no fueran objeto del goce de la cosa). También podía emplearse cuando el comodante no le permitía al comodatario servirse de la cosa con arreglo al contrato. Entonces, el comodatario podía retener la cosa prestada¹⁴⁹ (*ius retentionis*) hasta que el comodante y/o heredero le indemnizara por dichos gastos realizados y por los perjuicios que ello le hubiere ocasionado (esto es, cuando el comodante hubiera actuado con dolo o culpa grave)¹⁵⁰. La *actio commodati contraria* puede ejercitarse incluso sin la principal¹⁵¹.

¹⁴⁷ Aquella acción que permite al comodatario reclamar al comodante el reembolso de los gastos que el comodatario ha realizado sobre la cosa que eran necesarios y urgentes, o la indemnización de los daños.

¹⁴⁸ D. 13, 6, 7, 5; D. 13, 6, 17, 3; D. 13, 6, 18, 2-3-4; D. 13, 6, 21 pr.; D. 13, 6, 22.

¹⁴⁹ A diferencia del depositario.

¹⁵⁰ Sin embargo, el C.c., en su artículo 1.747 no admite este derecho de retención.

¹⁵¹ D. 13, 6, 17, 1.

CAPÍTULO II. DERECHO COMPARADO.

Título I.- El comodato en el Código Civil italiano¹⁵².

2.1.1.- Concepto de comodato.

En el Código Civil italiano, el comodato está regulado del artículo 1.803 al 1.812. En el primer artículo se define el comodato como un contrato esencialmente gratuito en el que una parte transfiere a otra una cosa mueble o inmueble para que la use por un tiempo o para un determinado uso, con la obligación de devolver la misma cosa.

2.1.2.- Obligaciones del comodatario.

Por lo que respecta a las obligaciones del comodatario (art. 1.804), decir que éste está obligado a mantener y conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia. Además, no podrá utilizar la cosa para un uso distinto del que se especificó en el contrato o el que determine la naturaleza de la cosa. Tampoco podrá conceder a un tercero el goce de la cosa sin el consentimiento del comodante. En caso de que no cumpla con dichas obligaciones, el comodante estará facultado para solicitar del comodatario la devolución inmediata de la cosa, con la posibilidad de pedir una indemnización por los daños y perjuicios que la cosa haya sufrido. El comodatario, conforme al art. 1.809, está obligado a devolver la cosa a la expiración del plazo convenido en el contrato, o a falta de plazo, después de que la cosa haya servido para el fin que se prestó. No obstante, el art. 1.810 determina que en caso de que no se hubiera pactado plazo alguno para la restitución, el comodatario estará en la obligación de devolver la cosa tan pronto la requiera el comodante.

2.1.3.- Restitución anticipada de la cosa en caso de urgente necesidad y obligaciones del comodante.

Cabe la posibilidad de que el comodante exija la devolución inmediata de la cosa durante el plazo convenido o antes de que el comodatario haya dejado de usar la cosa, cuando tenga necesidad urgente e imprevista de utilizar el objeto prestado (entonces la

¹⁵² En el Anexo I recogemos los artículos correspondientes al comodato en el Código Civil italiano.

autoridad judicial, con arreglo a las circunstancias, podrá obligar al comodatario a que restituya lo prestado). En el supuesto de que el comodatario fallezca, conforme al art. 1.811, el comodante podrá solicitar a los herederos la devolución inmediata de la cosa, con independencia de que se haya acordado un plazo o no.

2.1.4.- Del reembolso de los gastos ordinarios y extraordinarios hechos en la cosa.

Por lo que atañe a los gastos hechos por el comodatario para poder servirse de la cosa dada en comodato, de acuerdo con el artículo 1.808, el comodatario no tendrá derecho a su reembolso. No obstante, si mientras dura el préstamo, el comodatario se ve obligado a hacer gastos extraordinarios necesarios y urgentes para conservar la cosa, el comodante deberá reembolsarlos al comodatario.

2.1.5.- Responsabilidad en el comodato.

En relación con la responsabilidad (artículos 1.805 y siguientes), si el comodatario emplea la cosa para un uso distinto ó por más tiempo del debido, es responsable de la pérdida sobrevinida aunque fuese por caso fortuito, excepto si probara que la cosa habría perecido igualmente, aun cuando no la hubiese empleado en otro uso ó la hubiera devuelto al tiempo determinado en el contrato. Si la cosa dada en comodato desaparece por caso fortuito, y el comodatario hubiera podido sustituirla por una propia, o si no pudiendo este salvar más que una de ambas, prefiere la suya, es responsable de la pérdida de la otra. Además, si la cosa se tasó en el momento del contrato, aún cuando la pérdida es por caso fortuito, responderá el comodatario, salvo pacto en contrario. Sin embargo, si la cosa se deteriora como consecuencia del uso para el que se prestó, y siempre que no haya culpa del comodatario, éste no será responsable por dicho deterioro.

Finalmente, comentar que si la cosa prestada tiene defectos tales que originen perjuicios al que se sirve de ella, el comodante deberá indemnizar al comodatario, si conociéndolos, no los hubiese puesto en su conocimiento (art. 1.812).

Título II.- El comodato en el Código Civil francés¹⁵³.

2.2.1.- Regulación del contrato de comodato en el Código Civil francés.

En el Código Civil Francés, el comodato o préstamo de uso está regulado de los artículos 1.875 al 1.891. El artículo 1.874 establece que existen dos clases de préstamos: el de cosas que se pueden usar sin destruirlas (conocido como préstamo de uso o comodato), y el de cosas que se consumen por el uso que de ellas se hace (el que se conoce como préstamo de consumo o simple préstamo).

2.2.2.- Alcance y definición del contrato de comodato.

En relación con la naturaleza del préstamo del uso, el artículo 1.875 determina que el préstamo de uso o comodato es un contrato por el que una de las partes entrega una cosa a otra para que la use, siendo el comodatario responsable de devolverla cuando haya acabado de usarla; y los artículos siguientes, añaden que es esencialmente gratuito y el comodante conserva en todo momento la propiedad de la cosa prestada. El artículo 1.878 dice que será objeto de comodato todo aquello que se encuentre en el comercio¹⁵⁴ y no se consuma por el uso; y el siguiente (el 1.879), establece que las obligaciones que nacen del comodato pasarán a los herederos del comodante, pero también del comodatario. No obstante, si el préstamo se ha realizado en consideración al comodatario, y a él de manera personal, los herederos del mismo no tendrán derecho a continuar el uso de la cosa prestada.

2.2.3.- Obligaciones del comodatario.

Por lo que respecta a las obligaciones del comodatario, en los artículos 1.880 y siguientes se determina que el comodatario tiene la obligación de vigilar como un buen padre de familia, de custodiar y de conservar la cosa prestada; y no se le podrá dar a la cosa un uso distinto del pactado o del que resulte de la naturaleza de la cosa; todo ello bajo pena de daños y perjuicios si hubiere lugar.

¹⁵³ En el Anexo II aparecen los artículos correspondientes al comodato en el código Civil francés.

¹⁵⁴ Aspecto que no aparece regulado ni el Código Civil italiano, ni en el venezolano, pero sí en el chileno de forma implícita como se verá más adelante (en concreto en el art. 2.184 del Código Civil chileno).

2.2.4.- Obligaciones del comodante y la restitución de la cosa en caso de urgente necesidad.

Por lo que atañe a las obligaciones del comodante (del artículo 1.888 al 1.891), queda determinado que el comodante no puede retirar la cosa prestada sino después de concluido el plazo, o a falta de pacto, hasta después de haber servido para el uso para el que se tomó. No obstante, si el comodante tuviere urgente necesidad imprevista de la cosa, el comodatario podrá verse en la obligación de devolver la cosa antes de que finalice el plazo por imperativo del juez. Por otra parte, si el comodatario se viere obligado a realizar gastos extraordinarios, necesarios y urgentes para la conservación de la cosa y sin poder haber avisado al comodante, éste deberá reembolsar tales gastos.

2.2.5.- Responsabilidad en el comodato.

En caso de que el comodatario destine la cosa a un uso distinto o la tenga en su poder durante más tiempo del convenido, será responsable de la pérdida de la cosa, aunque sea por caso fortuito. Si la cosa dada en comodato se pierde por caso fortuito y el comodatario hubiera podido garantizarla empleando la suya propia o si, no pudiendo conservar una de las dos, prefirió la suya, responderá por la pérdida de la otra. Además, si la cosa se prestó con tasación y se pierde, será responsable el comodatario de no haber pacto en contrario, aunque sea por caso fortuito. Sin embargo, el comodatario no responderá de los deterioros de la cosa derivados del uso para el que se prestó y sin culpa suya; y tampoco puede retener la cosa como compensación de lo que el comodante le daba. En el supuesto de que el comodatario hubiere realizado algún gasto en la cosa para poder usarla, no podrá repetirlo. Cuando se presta una cosa conjuntamente, responderán solidariamente todos los comodatarios.

Finalmente, el comodante también responderá cuando la cosa dada en préstamo tenga tales defectos que no sirva para el uso para el que se prestó, siempre que los conociera y no los hubiere hecho saber al comodatario.

Título III.- El comodato en el Código Civil de la República de Venezuela¹⁵⁵.

2.3.1.- Alcance y definición del contrato de comodato.

En el Código Civil venezolano el comodato o préstamo de uso está regulado del artículo 1.724 al 1.734. En el mismo, el comodato queda definido como un contrato en el que una de las partes entrega a otra una cosa para que la use gratuitamente y la restituya en el tiempo convenido. Las obligaciones y derechos surgidos en el comodato pasan a los herederos (tanto del comodante como del comodatario), a excepción de que el préstamo se hubiere hecho en beneficio del comodatario, supuesto en que sus herederos no tendrán derecho a usar la cosa.

2.3.2.- Obligaciones del comodatario.

Por lo que respecta a las obligaciones del comodatario, éstas están reguladas en el artículo 1.726. El comodatario está obligado a cuidar la cosa dada en préstamo con la diligencia de un buen padre de familia, y no puede darle a la cosa un uso distinto del pactado, del de la naturaleza de la cosa o el de la costumbre del lugar; ya que de lo contrario tendría que indemnizar al comodante por los daños y perjuicios. El comodatario no podrá pedir el reembolso de aquel gasto ordinario que hubiere realizado para la conservación de la cosa. Estará en la obligación de devolver la cosa prestada cuando finalice el plazo para el que se prestó (y a falta de acuerdo, cuando acabe el uso para el que se dejó); sin perjuicio de que el comodante exija su restitución cuando se presuma que el comodatario ha hecho uso de la cosa¹⁵⁶.

2.3.3.- Obligaciones del comodante.

En relación con las obligaciones del comodante, éstas están contempladas en los artículos 1.733 y 1.734. En caso de que el comodatario hubiere realizado algún gasto extraordinario, necesario y urgente para la conservación de la cosa, el comodante se verá en la obligación de reembolsárselo al comodatario. Si por otro lado, el comodante

¹⁵⁵ En el Anexo III encontramos los artículos relativos al comodato en el Código Civil de la República de Venezuela.

¹⁵⁶ Además, cuando la duración del comodato no ha quedado determinada, y no sea posible según su objeto, el comodante tendrá la facultad de exigir en cualquier momento la restitución de la cosa.

entregó una cosa en préstamo y ésta tenía algún vicio, y conociéndolo no lo avisó, responderá e indemnizará al comodatario por los daños ocasionados. En el supuesto de que al comodante le acontezca una situación imprevista de urgente necesidad de la cosa, aunque no hubiera finalizado el plazo pactado, podrá obligar al comodatario a que la devuelva.

2.3.4.- Responsabilidad del comodatario.

Por lo que atañe a la responsabilidad, decir que el comodatario responderá por caso fortuito cuando le dé a la cosa un uso distinto o se demore en su restitución (a no ser que se pruebe que el deterioro o dicha pérdida habrían tenido lugar igualmente), cuando hubiere podido evitar la pérdida usando una cosa suya en vez de la dada en comodato, o cuando pudiendo elegir entre una u otra elije salvar la suya, cuando de forma expresa así lo hubiere manifestado el comodatario, y cuando la cosa se hubiese estimado en el momento del contrato (salvo pacto en contrario). Si la cosa se deteriora por el mero uso y sin culpa del comodatario, éste no responderá por dicho deterioro. En el caso de que haya dos o más comodatarios, todos responderán solidariamente frente al comodante.

Título IV.- El comodato en el Código Civil chileno¹⁵⁷.

2.4.1.- Concepto de comodato en el Código Civil chileno.

En el Código Civil chileno, el comodato está regulado del artículo 2.174 al 2.195. En su primer artículo queda definido el préstamo de uso o comodato como aquel contrato en el que una de las partes (el comodante) entrega a la otra (comodatario) una especie, mueble o raíz, para que lo use de manera gratuita y luego lo restituya. Por lo tanto, este contrato se perfecciona con la tradición de la cosa, pero al igual que en otras legislaciones, el comodante conserva la propiedad de la cosa; esto es, todos los derechos derivados de la cosa, pero no su ejercicio.

¹⁵⁷ En el Anexo IV recogemos los artículos correspondientes al comodato en el Código Civil chileno.

2.4.2.- Obligaciones del comodatario.

Por lo que respecta a las obligaciones del comodatario, éste no puede dar a la cosa un uso distinto del convenido, o el de la naturaleza de la cosa; y en caso de incumplimiento, el comodante podrá exigir la restitución inmediata de la cosa aunque no se haya agotado el plazo para el que se dejó, además de la indemnización por daños y perjuicios. El comodatario tendrá también la obligación de conservar la cosa con el mayor cuidado posible (pues será responsable incluso por culpa levísima). El comodatario tendrá la obligación de restituir la cosa en el momento convenido, o a falta de acuerdo, después del uso para el que se prestó.

2.4.3.- Obligaciones del comodante.

Por lo que atañe a las obligaciones del comodante, éste está obligado a indemnizar al comodatario cuando para la conservación de la cosa hubiere realizado gastos extraordinarios necesarios para dicha conservación y/o urgentes. También tendrá que indemnizar al comodatario cuando la cosa dada en comodato le hubiere causado perjuicios al comodatario por la mala calidad de la cosa o por sus defectos, siempre que el comodante tuviera constancia de ello y no lo hubiera comunicado al comodatario.

Además, las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos, pero los del comodatario no tendrán derecho a continuar con el uso de la cosa, salvo que no se pueda suspender el uso. Por lo tanto, se puede afirmar que el comodato no se extingue por la muerte del comodante.

2.4.4.- Restitución anticipada de la cosa y derecho de retención del comodatario.

La restitución de la cosa podrá exigirse antes del plazo estipulado si el comodatario fallece (salvo que no pueda suspenderse el uso para el que se dejó), si el comodante tiene necesidad urgente e imprevista de la cosa, y cuando haya terminado el uso para el que se prestó la cosa (o incluso si este uso no ha tenido lugar). Tal restitución deberá hacerse al comodante o a la persona que tenga derecho para recibirla.

Creemos conveniente mencionar también que el comodatario podrá retener la cosa prestada mientras el comodante no le indemnice, salvo que éste (el comodante) caucione el pago de la cantidad a la que se le ha condenado.

2.4.5.- Responsabilidad en el comodato.

En relación con la responsabilidad, el comodatario será responsable del deterioro de la cosa que no tenga su origen en la naturaleza o en el uso de dicha cosa dada en comodato; y entonces el comodante tendrá la facultad de reclamarle el precio anterior de la cosa (abandonando así la propiedad sobre tal cosa). No responderá por caso fortuito a no ser que le haya dado a la cosa un uso distinto del pactado o se haya retrasado en la devolución (salvo que se pruebe que tal deterioro o pérdida igualmente habría tenido lugar), cuando el caso fortuito haya acontecido por culpa suya, cuando pudiendo elegir entre salvar una cosa suya o la dada en comodato elija la suya, y cuando de forma expresa se hace responsable de los casos fortuitos. En caso de que el comodato fuera en beneficio de los dos, el comodatario solo responderá por la culpa leve, pero si es en beneficio del comodante, solo hasta la culpa grave¹⁵⁸. En el supuesto de que la cosa se hubiere prestado a más de un comodatario, todos responden solidariamente (supuesto que también aparece regulado en los códigos civiles francés y venezolano, pero no en el italiano).

2.4.6.- Conclusión.

Finalmente, decir a modo de conclusión que el Código Civil chileno es más extenso y hace hincapié en otros aspectos que no están regulados ni el Código Civil francés ni en el italiano, ni en el de la República de Venezuela (puesto que se sobreentienden regulados en la parte general de las obligaciones). Por ejemplo, ya en la misma definición de comodato, determina que una de las partes entrega a otra una “*especie, mueble o raíz*” para que lo use y luego lo restituya. En el artículo 2.175, establece que “*el contrato de comodato podrá probarse por testigos*”, sea cual fuere el valor de la cosa prestada. También se hace alusión al hecho de que cuando existe un

¹⁵⁸ La culpa grave o culpa lata es la negligencia extrema, que se asimilaría en sus consecuencias al dolo para el responsable del actuar culposo.

deterioro en la cosa que no procede de la naturaleza del uso o del uso legítimo de la cosa, *“el comodante podrá exigir el precio anterior a la cosa, abandonando su propiedad al comodatario”*. Por otra parte, el artículo 2.181, regula qué ocurre cuando la cosa ha sido prestada por un incapaz que usaba de ella con permiso de su representante legal (siendo válida la restitución al incapaz). Además, el artículo 2.183 determina que el comodatario no tendrá derecho a suspender la restitución alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante, a no ser *“que haya sido perdida, hurtada o robada por su dueño, o que se embargue judicialmente en manos del comodatario”*. Si una cosa se ha prestado en estas condiciones, el comodatario que no lo desconoce y no lo denuncia al dueño, responderá por los perjuicios ocasionados. En el caso de que el dueño de la cosa no la reclame, la restitución se podrá hacer al comodante; y entonces, el dueño no podrá exigir la restitución sin el consentimiento del comodante o sin decreto del juez. Por otro lado, y de acuerdo con el art. 2.184, el comodatario tiene la obligación de suspender la restitución de la cosa cuando se trate de armas ofensivas y de todo aquello con lo que se pueda perseguir un uso criminal, debiendo ponerlo a disposición del juez. En este sentido, el comodatario también deberá poner a disposición del juez la cosa dada en comodato, cuando el comodante hubiere perdido el juicio y careciere de curador. Cuando el comodatario descubra que él es el dueño de la cosa prestada, cesará la obligación de restituir; y si aún así el comodante le discute el dominio pero no puede probar que la cosa le pertenece, se la deberá devolver al comodante (art. 2.185). El artículo 2.187 regula el supuesto de cuando los herederos del comodatario hubieren enajenado la cosa prestada sin saber que ello formaba parte de un contrato de comodato. Entonces el comodante podrá exigir a los herederos que le paguen el precio o que le cedan las acciones que le competen en virtud de la enajenación. Sin embargo, si eran concedores del préstamo, deberá indemnizar al comodante y podrán ser perseguidos criminalmente. Si la cosa no pertenece al comodante y su verdadero dueño la reclama antes de que se termine el comodato, el comodatario carecerá de la acción de perjuicios contra el comodante, excepto que supiere que la cosa era ajena y no lo hubiera manifestado. Por tanto, de este artículo 2.188 se desprende la idea de que se admite el comodato de cosa ajena. El Código Civil chileno también habla del precario, y determina que el comodato pasará a ser precario cuando el comodante se reserve la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier momento. Por tanto, estaremos ante un precario *“cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija un tiempo para su restitución”*, y también cuando

se constituye el contrato sobre la tenencia de cosa ajena, “*sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño*”¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Conforme al artículo 2.195 del Código Civil chileno.

CAPÍTULO III. EL COMODATO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Título I.- El comodato en el Código Civil español.

3.1.1.- Delimitación del concepto de comodato.

En nuestro Código Civil (C.c.) el contrato de comodato¹⁶⁰ está regulado en el título X de su Libro IV; concretamente del artículo 1740 al 1757 del C.c. En el mismo artículo 1.740 C.c., se hace mención tanto al comodato como al contrato de simple préstamo. El C.c. español determina que el comodato es un contrato de préstamo, esencialmente gratuito, por el que una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible¹⁶¹ para que la use durante un cierto tiempo y luego la restituya. Mientras que en el simple préstamo una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con la condición de devolver el *tantundem*; esto es, otro tanto de la misma especie y calidad; pudiendo ser un contrato gratuito o con pacto de pagar interés. Por lo tanto, nuestro Código Civil regula dos tipos de préstamo (el comodato o préstamo de uso y el simple préstamo o mutuo). En ambas figuras existe entrega y posterior restitución de la cosa entregada al prestatario para que éste la use durante un determinado tiempo. Además, las dos figuras quedan englobadas dentro de los contratos de carácter real (como también lo son la prenda y el depósito). Sin embargo, el mismo artículo 1.740 C.c. entiende que son dos instituciones diferentes, de hecho cada una de ellas está regulada en capítulos diferentes.

¹⁶⁰ En el Anexo V podemos ver un modelo genérico de un contrato de comodato.

¹⁶¹ Podrán ser objeto de comodato cosas no consumibles muebles o inmuebles, y en caso de cosas consumibles, siempre que éstas no se acaben consumiendo y se destinen a exposición. El Código Civil confunde los conceptos de consumibilidad y fungibilidad, y ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han encargado de establecer una diferencia terminológica entre ambos conceptos, pues no todo bien fungible es consumible. Por un lado, la fungibilidad es un concepto relacional, no significa solamente que la cosa tenga el mismo valor económico que otra, ya que debe además del valor económico poseer las mismas características y peculiaridades de la otra. Cuando una obligación tiene por objeto una cosa fungible, se admite el cumplimiento por equivalencia; en cambio, si la obligación tiene por objeto una cosa no fungible no se admite el pago por equivalencia. Por otro lado, una cosa será consumible cuando al hacer uso conveniente de ella se consume (se acaba). Una cosa será no consumible cuando, a pesar de hacer uso conveniente de ella no se gasta, no se destruye. En la consumibilidad la cosa para su dueño se extingue (no pudiendo ser repetido por la misma persona sobre el mismo bien). La consumibilidad puede ser: material (opera cuando la cosa se extingue por el uso normal y conveniente de ella) o jurídica (cuando la cosa sale del patrimonio de su dueño).

3.1.2.- Caracteres esenciales.

Por lo que respecta a sus caracteres esenciales, éstos están regulados del artículo 1.741 al 1.752 C.c. En primer lugar, se trata de un contrato típico; su tipicidad procede de su expresa regulación legal que es muy detallada, pues el legislador le dedica doce artículos al comodato (frente a los cinco dedicados para el mutuo). En segundo lugar, es un contrato traslativo del mero uso de una cosa, pues el comodante conserva la propiedad de dicha cosa en todo momento si la cosa era suya, o el derecho que tuviese sobre ella¹⁶². Por lo que respecta a la capacidad de las partes y el poder que ha de tener sobre la cosa el comodante, decir que no se requiere capacidad especial, basta con que tenga sobre la cosa un derecho, real o de crédito, que no siendo personalísimo por pacto o por naturaleza, le confiera a él el derecho de uso, pudiendo a su vez ceder dicho uso a otro por comodato¹⁶³. Por tanto, no existe transmisión dominical de la cosa entregada, y la cesión de uso a favor del comodatario es condición necesaria para que exista el contrato de comodato, ya que constituye la finalidad económica de dicho contrato.

En tercer lugar, también se dice que el contrato de comodato es unilateral¹⁶⁴ puesto que solamente produce obligaciones para el comodatario. No obstante,

¹⁶² Ante esta situación puede plantearse la cuestión de si el comodante legitimado para dar en comodato puede ser o no propietario de la cosa que presta, bastando el hecho de tener sobre la cosa un derecho, ya sea real o de crédito, que no siendo personalísimo le confiera el uso de la misma; pudiendo a su vez ceder a otro por comodato. Ello recibe el nombre de comodato de cosa ajena, reconocido de forma expresa en la Ley 539 Fuero Nuevo de Navarra (F.N.N) y por la doctrina (Martín-Retorillo, Cirilo. El comodato en nuestros días. *Anuario de derecho civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953, pp. 844.; Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho civil II*. 2a. ed. Barcelona: Bosch, 1956, pp. pág. 307.; Delgado Echevarría, Jesús. *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*. vol. 2º, 3a. ed. Barcelona: Dykinson, 1995, pp. 179. Es por ello, que Inmaculada Vivas Tesón (en Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 25.) considera que “hubiera sido técnicamente más correcto sostener que el comodato no rompe la relación del comodato con la cosa prestada, a la que se superpone la relación obligatoria entre comodante y comodatario”.

¹⁶³ De este modo, pueden dar en comodato el usufructuario o el arrendador (excepto si la cosa arrendada no se puede ceder o subarrendar). Y también se podría dar en comodato una cosa propiedad del comodatario, con tal de que no corresponda a éste el derecho a usarla (por ejemplo, una viuda a la que su difunto marido le dejó el usufructo de sus bienes, y que presta para la temporada de verano a su sobrino, siendo éste el nudo propietario de los mismos, una finca de recreo).

¹⁶⁴ Así se refleja en la doctrina: Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. T. IV. 2a. ed. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1899, pp. 860.; Martín-Retorillo, Cirilo. El comodato en nuestros días.

eventualmente pueden surgir obligaciones para el comodante (arts. 1.751 y 1.752 C.c.), de modo que ante esta situación estaríamos ante un contrato bilateral imperfecto o *ex post facto*, o “*contrato no rigurosamente unilateral*”¹⁶⁵.

En cuarto lugar, el contrato de comodato es esencialmente gratuito, afirmación que no se ve alterada por el hecho de que el comodatario tenga que hacer frente a los gastos ordinarios¹⁶⁶ necesarios para la cosa, sin derecho a reembolso. En el momento en que intervenga una contraprestación dejamos de hablar de comodato para hablar de arrendamiento de cosa¹⁶⁷.

En quinto lugar hablaremos del carácter temporal del comodato. La cesión del uso por parte del comodante al comodatario tiene una duración limitada; duración que puede quejar fijada por las partes o no, y en este caso la duración sería la requerida por el uso; y en defecto de ambos, el uso que determine la costumbre de la tierra. No obstante, en caso de duda el comodante estará facultado para reclamar la cosa a su voluntad. Por tanto, el comodato se extingue cuando finalice el plazo del préstamo para el que se prestó la cosa; en caso de urgente necesidad por parte del comodante, cabe la revocación anticipada, correspondiéndole la carga de la prueba a dicho comodante; por reclamación del comodante si así se hubiera estipulado (expresa o tácitamente), y en

Anuario de derecho civil. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953.; De Diego, Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español*. T. II, Madrid: Reus, 1959, pp. 353.

¹⁶⁵ Como se prefiere llamar según Pérez González, Blas; Alguer, José. *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Enneccerus*. Traducción de la 39a. ed. Barcelona: Bosch, 1981, pp. 401.

¹⁶⁶ Entendemos que los “*gastos ordinarios son aquellos indispensables que demanda toda actividad habitual relacionada con el patrimonio y todo bien, mueble o inmueble, para mantenerlo apropiadamente a su uso y aprovechamiento. Aquellos sin los cuales el bien ajeno corre el riesgo de desvalorizarse a tal extremo que no podrá brindar el uso natural al que se halla destinado*”; de acuerdo con la enciclopedia jurídica, con la STS de 22 de octubre de 1987 (R.J.A 7466) y con la SAP de Navarra de 7 de abril de 1994 (A.C.617), entre otras.

¹⁶⁷ “*Salvo que la compensación a favor del tradens sea muy modesta, o se dé la circunstancia de que el comodante, pueda extraer de la concesión de la res alguna ventaja indirecta o accesoria consiguiente al uso que de la cosa hace el comodatario en su propio interés; que no sería incompatible con la voluntad negocial de comodar, en tanto en cuanto no quede desdibujado el auténtico perfil de relación de cortesía al que responde la normativa del contrato de comodato*”; según Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 33-34.

caso de que no se pactara ni resultara determinado por la costumbre de la tierra también lo podría reclamar el comodante¹⁶⁸.

En sexto lugar y en relación con el carácter no formal del contrato de comodato, decir que dicho contrato tiene libertad de forma. Por lo tanto, no se exigen para la celebración del contrato requisitos formales, sin perjuicio de que los contratantes convengan forma específica para hacer constar su acuerdo.

En séptimo lugar, el comodato se caracteriza por su transmisibilidad *mortis causa* salvo pacto en contrario. Ello quiere decir que las obligaciones y derechos nacidos en este contrato pasan a los herederos del comodante y/o del comodatario, excepto que el contrato sea *intuitu personae* o personalísimo, supuesto en que los herederos del comodatario no tendrían derecho al uso de la cosa dada en préstamo. Sin embargo, sí que quedarían sujetos al cumplimiento de la obligación de restitución de la cosa con el consiguiente derecho al reembolso por los gastos extraordinarios realizados en la cosa y a la posible indemnización si existiesen vicios sobre la cosa.

Finalmente, el contrato de comodato es un contrato real *quoad constitutionem*; es decir, contrato que no se perfecciona por el mero consentimiento, sino que requiere la entrega de la cosa o *datio rei*.

3.1.3.- Breve mención de los frutos que produce la cosa.

En el Código Civil español también queda recogida la idea de que en caso de que la cosa produzca frutos, el uso excluye el aprovechamiento de los frutos (el *ius fruendi*); pues dichos frutos deberán ser entregados al comodante cuando la cosa sea devuelta¹⁶⁹. “*El uso de la cosa constituye el contenido fundamental del derecho que este*

¹⁶⁸ En caso de que el comodatario destine la cosa a un uso distinto del debido, el comodato no acaba *ipso iure* por dicho uso; sin embargo, responderá por ello. El Código Civil no regula, el menos explícitamente, que el comodato finalice porque se le dé a la cosa un uso distinto del debido, pero sí contempla la responsabilidad del comodatario en este caso.

¹⁶⁹ No obstante, el comodante puede aprovechar los frutos que desecha el comodante o los que se perderían si no los recogiera, de acuerdo con el art. 1.255 C.c. y la doctrina (Valpuesta Fernández, Rosario. *Derecho civil. Obligaciones y Contratos*. 3a. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 737).

*contrato confiere al comodatario*¹⁷⁰. No obstante, puede pactarse que el comodatario haga suyos los frutos, o que solamente adquiriera el uso de ellos.

3.1.4.- Obligaciones de las partes.

Por lo que respecta a las obligaciones del comodatario, éste debe darle a la cosa el uso pactado, y en defecto de pacto, el que determine la costumbre o la naturaleza de la cosa (de acuerdo con los arts. 1.744 y 1.750 C.c.), siendo un derecho del comodatario (ya que si se convierte en un deber, y no en un derecho, se desnaturaliza la finalidad del contrato de comodato). En este sentido, el comodatario estará obligado a conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia¹⁷¹, y deberá satisfacer los gastos ordinarios necesarios para el uso y conservación de la cosa; deberá servirse de la cosa para el uso debido (aunque no tiene la obligación de usarla); y deberá devolverla al comodante cuando acabe el plazo para el que se dejó (no pudiendo retenerla por razón de lo que el comodante le deba, aunque sea por los gastos sobre la cosa).

Por su parte, el comodante tendrá que retribuirle al comodatario los gastos extraordinarios que hubiere realizado sobre la cosa (siempre que el comodatario lo hubiera puesto en conocimiento del comodante, salvo que fueran tan urgentes que los tuvo que realizar sin preaviso); también tendrá la obligación de entregar la cosa al comodatario libre de vicios, ya que de lo contrario sería responsable de los daños que le hubiere causado la cosa viciada al comodatario.

No tenemos que obviar la configuración del contrato de comodato como un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa al comodatario, momento a partir del cual al comodatario empezará a tener obligaciones respecto al comodante.

¹⁷⁰ De acuerdo con Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 30.

¹⁷¹ La diligencia del buen padre de familia es un parámetro, un concepto jurídico indeterminado de carácter general, completado por la Jurisprudencia, al que el Código Civil hace mención en varios artículos (en temas sobre todo de responsabilidad) pero no lo define ni lo explica (encargándose de ello la Jurisprudencia). Cuando hacemos mención a actuar con la diligencia de un buen padre de familia nos referimos a la obligación de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en lo que hacemos, extremando las precauciones necesarias para evitar daño alguno como consecuencia de nuestras acciones. En la STS de 30 de abril de 2013, queda definida la diligencia de un buen padre de familia como “*un modelo o estándar de comportamiento admisible*”.

3.1.5.- Responsabilidad de las partes.

Por lo que atañe a la responsabilidad, el comodatario no será responsable de los deterioros que sobrevengan a la cosa por el solo efecto del uso y sin culpa (art. 1.746 C.c.), pero si se entregó la cosa con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá del precio, a no ser que se hubiere estipulado alguna cláusula que le exonerara de responsabilidad. De igual modo responderá el comodatario por la pérdida de la cosa, si ésta se destina a un uso distinto del prestado, aunque sea por caso fortuito. También será responsable si conserva la cosa en su poder durante más tiempo del convenido y se pierde, aunque sea por caso fortuito (caso en que la responsabilidad del comodatario se agrava, de acuerdo con el art. 1744 C.c.). Como se puede desprender de la lectura de los artículos expuestos anteriormente, se trata de una responsabilidad objetiva, que se justifica en el hecho de que el contrato de comodato se caracteriza por las relaciones de amistad o benevolencia entre comodante y comodatario (en beneficio de éste último). En el caso de que el comodato se hubiera realizado conjuntamente a varios sujetos, los criterios para fijar la responsabilidad variarán en atención a las circunstancias de las que la deuda derive. Sin embargo, no podemos olvidar que el uso es indisoluble¹⁷².

En contrapartida, el comodante responderá frente al comodatario por los vicios de la cosa si fuera conocedor de los mismos. Sin embargo, no responderá por más daños que un vicio de la cosa desconocido para el comodante cause al comodatario, ya que el daño que éste sufra podría proceder de su mala fortuna de haber usado de una cosa defectuosa.

En la Sentencia de 3 de junio de 1983¹⁷³, el Tribunal Supremo estipuló que la responsabilidad del comodatario es “*más rigurosa que la de los deudores ordinarios*”,

¹⁷² Ya comentada la indisolubilidad del uso en las páginas 38 y 39 de este trabajo (apartado 2.2).

¹⁷³ En la STS de 3 de junio de 1983 (RJ 1983, 3288) se resolvía un litigio surgido de un contrato de comodato entre un particular y la Administración General del Estado, mediante el que se cedía en uso un cuadro (un Bodegón pintado al óleo) para ser exhibido en una exposición. El comodante solicitaba la indemnización por los daños sufridos en el cuadro mientras estuvo en poder de la Administración General del Estado o a su disposición en las exposiciones de París y Londres. La sentencia parte de la existencia de una previa tasación de la obra; y tras discutirse la naturaleza civil o administrativa del contrato suscrito por los litigantes, la decisión judicial determinó que en el contrato de comodato, el comodatario responde

ya que incluye la pérdida por caso fortuito, y además, la responsabilidad se agrava en el caso de que el comodato sea solidario (esto es, cuando la cosa se presta conjuntamente a varias personas, conforme con el art. 1.748 C.c.); puesto que con ello se pretenden garantizar los derechos del comodante¹⁷⁴.

3.1.6.- Extinción del contrato de comodato.

Finalmente, en relación con las causas de extinción del contrato de comodato, podemos decir que hay varios supuestos típicos, tales como el fin del uso para el que el objeto se prestó, el cumplimiento del término fijado en el contrato, el fallecimiento del comodatario en los contratos concluidos en atención a su persona, la urgente necesidad del comodante, y la especificidad del supuesto del art. 1750 C.c., que se refiere al contrato estipulado sin determinación de duración. No obstante, también cabe la posibilidad de que el contrato se extinga anticipadamente en supuestos especiales: en caso de incumplimiento de las obligaciones que incumben al comodatario en relación a la cosa entregada; y la posibilidad de que el comodatario ponga fin anticipadamente a la relación cuando se trate de una relación duradera o de tracto sucesivo, cuando se trate de relaciones que no tengan previsto un plazo de duración temporal (de duración indefinida), y cuando se trate de relaciones obligatorias en las que exista un *intuitus personae*.

del deterioro de la cosa cuando a ésta se le da un uso distinto para el que se prestó. Esta Sentencia la encontramos comentada con más profundidad en el AnexoVI. En este sentido, consideramos oportuno añadir que en 1983 todavía no se había aprobado la Ley del Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985 de 25 de junio); pero en todo caso la exportación de bienes de interés cultural exige declarar el valor de los mismos.

¹⁷⁴ Sin embargo, en Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen. *El contrato de comodato*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 282., se afirma que “*el régimen establecido en el art. 1748 del C.c. no supone una agravación del régimen normal de responsabilidad, sino que implica el señalamiento de mayores garantías para la efectividad de la deuda, con base en el carácter gratuito del negocio*”.

Título II.- El comodato como contrato real.

3.2.1.- Introducción.

Muchos están siendo los intentos doctrinales encaminados a negar la actual categoría de los contratos reales y plantear una posible “*configuración de variantes consensuales de los correspondientes esquemas típicos reales*”¹⁷⁵. Para ello, parten de que la categoría de los contratos reales tiene un carácter excepcional, motivo por el que se intenta realizar una construcción alternativa que concilie mejor la regla de la consensualidad con los contratos reales. En nuestro Código Civil se hace referencia a la entrega (como requisito de perfección de algunos contratos, entre ellos el comodato), no a la obligación de entregar (propia de los contratos consensuales).

3.2.2.- Origen del comodato como contrato real.

Podríamos afirmar que los contratos reales tienen un origen tradicional¹⁷⁶, y con ello queremos decir que en ciertos contratos (entre ellos el comodato) el legislador se ha dejado “arrastrar” por el componente tradicional. La definición de comodato que recoge el art. 1.740 C.c. no se contradice con la que se daba en el Derecho romano justiniano. Por lo tanto, nos encontramos con una concepción que ha pasado a nuestro Derecho actual. Poniendo la vista en el pasado, glosadores y postglosadores siguieron considerando el comodato como un contrato real, y lo mismo ocurrió con la Escuela del Derecho Natural Racionalista. Ya en la época codificadora, la categoría romano-justiniana de los contratos reales fue asumida, y la mayor parte de las Codificaciones civiles que se elaboraron siguieron esta línea (por ejemplo la española). Sin embargo, esta larga tradición jurídica quiso romperse sin éxito por el Proyecto isabelino de 1.851¹⁷⁷; pero con el Anteproyecto de Código civil se pasaría de nuevo a la

¹⁷⁵ De acuerdo con Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 56.

¹⁷⁶ En Gayo, Instituciones 3.89 (“*Veremos primeramente, las que nacen de contratos. De éstas hay cuatro géneros: pues los contratos pueden ser reales, verbales, literales o consensuales*”) y 3.90.

¹⁷⁷ Que conforme a Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 55., este Proyecto, al igual que el actual Código Civil español regulaba el comodato conjuntamente con el mutuo, pero en su artículo 1.630 definía el comodato de la siguiente manera: “*préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa de las no fungibles, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva, en cuyo caso se llama*

configuración del contrato de comodato como un contrato real. Inmaculada Vivas¹⁷⁸ considera que “*el legislador no se ha limitado simplemente a una vieja fórmula del Derecho romano, sino que ello se debe a una elección consciente y meditada del propio legislador, el cual quiere atribuir una cierta relevancia a la entrega de la cosa en determinados contratos*”.

3.2.3.- La *datio rei*.

En este apartado vamos a analizar la función de la *datio rei* en los contratos reales. Para Pothier¹⁷⁹, la entrega sería un elemento de perfección de la obligación de restitución y no del contrato del que ésta deriva. Sin embargo, ello no podría admitirse porque se confunde la ejecución de la obligación de restituir con la asunción de la obligación (que procede del vínculo contractual aceptado por el *accipiens* en el momento en que recibe la cosa), y además, conduciría a afirmar que todos los contratos restitutorios son reales (y no es así)¹⁸⁰. Otra parte de la doctrina niega que la entrega pertenezca a la fase constitutiva del contrato, colocando la entrega de la cosa en una fase intermedia entre la conclusión del contrato y la producción de sus efectos típicos (comenzando los efectos a partir de la *datio rei*)¹⁸¹. Según esto, el contrato se perfeccionaría con el acuerdo de las partes, quedando su eficacia en suspenso y

comodato...”. De esta definición se desprende una indiscutida configuración consensual, de tal modo que todos los contratos pasarían a ser consensuales, en cuanto todos ellos obligaban por el solo consentimiento.

¹⁷⁸ En Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 59.

¹⁷⁹ En Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 66, hace mención a Pothier: *Traité du prêt a usage et du précaire*, cit., pág. 4.

¹⁸⁰ De acuerdo con la opinión de Inmaculada Vivas, en Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 66.; y en este sentido, Inmaculada Vivas cita a DI GRAVIO: *Teoria del contratto reales...*, cit., págs. 43-45; y a FRAGALI: *Del comodato*, cit., pág. 171 y ss.

¹⁸¹ CORRADO: *I contratti di borsa*, en *Trattato di Diritto Civile* diretto da F. Vasalli, Torino, 1960, pp. 318.; citado en Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 67.

condicionada a la voluntad de dichas partes (ya que dependería de quien debiera entregar la cosa). Sin embargo, ello tampoco puede ser acogido¹⁸².

El acuerdo de las partes es vinculante y solamente regula una determinada relación jurídica que llegará a nacer si las partes lo desean. Acuerdo y entrega son nociones distintas que conservan su propia autonomía y función¹⁸³. Por lo tanto, partimos de la idea de la *datio rei* como un elemento constitutivo del contrato real, en el que “*la entrega no es objeto de ninguna obligación contractual, sino un elemento constitutivo del contrato, un requisito de perfección del mismo que impide que el mero encuentro de consentimientos pueda vincular a las partes a transferir la disponibilidad de la cosa*”¹⁸⁴.

A continuación veremos la entrega desde un punto de vista interno y después desde un punto de vista externo. En relación con el primero, decir que la entrega cumpliría el deber de suplir la deficiencia del elemento causal. Por lo que respecta al elemento externo, comentar que en numerosas ocasiones la *datio rei* se ha identificado con la exigencia de una forma *ad solemnitatem*. La forma se podría definir como un elemento de cualquier negocio jurídico, un medio de exteriorización de la voluntad de las partes. Por ello, la entrega representaría la forma esencial de la voluntad de querer obligarse.

Del art. 1.740 C.c. se deduce que la entrega de la cosa es un elemento constitutivo del contrato de comodato; motivo por el que la mayor parte de la doctrina defiende esta vertiente (con algunas excepciones¹⁸⁵). A día de hoy, “*no puede*

¹⁸² DI MAJO: *L'esecuzione del contratto*, cit., págs.. 332-333; BENEDETTI: *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., págs.. 71 y ss. y CENNI: *La formazione del contratto...*, cit., pág. 42. Citado por Inmaculada Vivas en Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 67.

¹⁸³ Según Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 68, “*mientras al acuerdo le compete la reglamentación jurídica, al hecho material de la entrega le corresponde el deber de determinar el nacimiento de la misma*”.

¹⁸⁴ Según Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 33-34.; y otros autores citados en ese mismo manual en la pág. 70: MESSINEO: *Voz “Contratto”*, cit., pág. 883; FORCHIELLI: *I contratti reali*, cit., págs.. 105 y ss.; NATOLI, U.: *I contratti reali. Appunti delle lezioni*, Milano (1975) págs.. 15 y ss.

¹⁸⁵ La parte de la doctrina que se decanta por que todos los contratos sean consensuales, al fijarse en la norma que establece que el comodante está obligado a resarcir al comodatario los daños causados por los

*considerarse que la mera voluntad de las partes pueda generar por sí sola obligaciones con posibilidad de exigencia coercitiva a través de todo el específico mecanismo técnico-procesal*¹⁸⁶. En los contratos onerosos no cabe ninguna duda de que las partes se obligan jurídicamente a llevar a cabo una determinada conducta (bien sea la del pago del precio y la de la puesta a disposición y/o entrega de la cosa); por lo tanto, en este caso, el consentimiento es vinculante y genera obligaciones recíprocas. Sin embargo, ello no se ve con tanta claridad cuando el negocio es gratuito, cuando una de las partes es la que únicamente sufre un sacrificio patrimonial (siendo “*significativo el hecho de que dar sin recibir nada a cambio se pueda engendrar un vínculo jurídico, el consensus deba revestirse de una forma solemne o acompañarse de la ratio rei*”¹⁸⁷).

3.2.4.- El comodato como una relación de “*cortesía juridificada*”¹⁸⁸.

Podríamos afirmar que el comodato es una relación de “*cortesía juridificada*”, puesto que en el comodato, el comodante da en préstamo al comodatario una cosa en el ámbito de la relación de amistad o benevolencia que les une. La persona que recibe el favor adquiere la detentación de una cosa cuyo propietario es el “*sujeto cortés*”¹⁸⁹ (el comodante), situación ante la que se puede reclamar que la ley intervenga para obligar al *accipiens* a custodiar la cosa o restituírsela al *tradens* y poder tutelar los intereses del sujeto que concede el favor. En definitiva, las relaciones de cortesía no son jurídicas, pero lo que se pretende es proteger los intereses del comodante.

vicios de la cosa, consideran que ello presupone la existencia de una obligación de entregar una cosa carente de vicios y concluye en el perfeccionamiento del contrato antes de la entrega. En este sentido, son de la opinión de que la función de la entrega consiste siempre en el cumplimiento de una obligación nacida del acuerdo consensual, la *solvendi causa* (esto es, primero se produce el acuerdo de voluntades y después ya se procede a la entrega de la cosa, no siendo el acto de la entrega en todo contrato un elemento perfeccionador del mismo, sino de cumplimiento de lo prometido; de modo que las partes acuerdan la obligación de entregar la cosa en la relación típica).

¹⁸⁶ De acuerdo con López López, Ángel María. *Derecho civil. Obligaciones y contratos*. 3a. ed. Madrid: Colex, 1998, pp. 328-329.

¹⁸⁷ Según Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 79.

¹⁸⁸ Según Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 82.

¹⁸⁹ Según Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 83.

3.2.5.- Conclusión.

También los hay que consideran que en el acuerdo de voluntades, las partes se obligan a entregar una determinada cosa en un momento posterior. Por lo tanto, el mero acuerdo de entregar después algo en préstamo es un precontrato consensual de préstamo. Ante esta situación y tras la lectura de varios autores, consideramos que o se admite la posibilidad de que en el contrato real de préstamo haya otro préstamo consensual (el precontrato de préstamo), o se niega la posibilidad del préstamo consensual (negando en consecuencia el precontrato de préstamo).

Título III.- El comodato y su distinción con el arrendamiento.

3.3.1.- Introducción.

A simple vista parece no muy complicado distinguir el comodato del arrendamiento; pues mientras que el primero se caracteriza por su gratuidad, en el segundo interviene algún tipo de contraprestación (será oneroso). Pero ello no resulta tan sencillo cuando el comodante impone al comodatario ciertas obligaciones; obligaciones o prestaciones que pueden considerarse contraprestaciones o simples cargas, dependiendo de la relación de causalidad que exista.

3.3.2.- La gratuidad como elemento esencial del comodato.

En el mismo art. 1.740 del CC, la gratuidad aparece como elemento esencial del contrato de comodato. El comodato, como se ha venido comentando en apartados anteriores es en beneficio del comodatario, pero no se excluye la posibilidad de que reporte algún beneficio al comodante. Hay parte de la doctrina¹⁹⁰ que distingue entre actos a título oneroso y actos a título gratuito, y ello dependerá de la intención de las

¹⁹⁰ En Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 20., aparecen citados varios autores: Pothier, Robert Joseph. *Traité des obligations*, en Oeuvres, T.I, Bruxelles, 1831, nº 9.; Sánchez-Blanco, Jaime. *Onerosidad, gratuidad y causa*, en R.D.P., Madrid, 1952, pp. 476; Marini, A. *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*. Milano, 1976, pp. 70. (entre otros).

partes¹⁹¹, siendo por tanto una teoría subjetiva (y en consecuencia un criterio moral y no jurídico). Sin embargo, otros¹⁹² defienden las teorías objetivas, y hacen hincapié en que la existencia entre el comodato y el arrendamiento reside en la existencia una alguna prestación (teoría que es matizada por sus propios autores).

En este trabajo nos decantamos por la teoría objetiva, de modo que para que un contrato sea oneroso tiene que existir un valor económico pecuniariamente apreciable. Estaremos ante un contrato oneroso si el equivalente es económico y patrimonial (y gratuito si el equivalente es sólo moral o no existe dicho equivalente). Además, tiene que existir una relación causal entre la ventaja o sacrificio y la prestación¹⁹³, pudiendo las atribuciones ser de valor desigual. Consideramos que el carácter oneroso y/o gratuito de un contrato va ligado a la existencia o no de una contraprestación de la atribución, estando la nota diferencial entre ambos conceptos (gratuidad y onerosidad) en la causa final del contrato.

El comodato, de acuerdo con el art. 1.741 C.c., es un contrato esencialmente gratuito, que quedaría desnaturalizado si se impone el pago de un *emolumento*¹⁹⁴ al comodatario; supuesto éste en que el contrato de comodato pasaría a convertirse en un contrato de arrendamiento. No obstante, hay que tener en cuenta que no toda prestación

¹⁹¹ De este modo, si en un sujeto se dan notas de liberalidad implicando un *animus donandi*, y el acto se hace desinteresadamente (solo en beneficio del comodatario), estamos ante un acto a título gratuito.

¹⁹² Prada González, José María. *La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos*, en A.A.M.N., T. XVI, 1968, pp. 257 ss.; Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. T. IV. 2a. ed. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1899.; De Diego, Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español*. T. II, Madrid: Reus, 1959.; (entre otros de los citados en Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 22).

¹⁹³ En Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 23-24., se afirma que “*ni la doctrina ni la Jurisprudencia han matizado la distinción entre contrato oneroso y contrato gratuito hasta el punto de distinguir en cada una de las prestaciones qué es lo que hay de beneficio o ventaja para el que la recibe y de sacrificio para el que la cumple. Además, establecer los criterios que maticen y definan cuando dos prestaciones son equivalentes dependerá, en la mayoría de los casos, de la decisión judicial*”.

¹⁹⁴ Isabel Rabanete define emolumento en Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 28., de la siguiente manera: “*beneficio comercial o pago, es decir, retribución o contraprestación que se concede por algo previamente recibido o que se va a recibir. Así, contraprestación debe ser entendido como retribución o precio, que se entrega en conmutación de la cosa, servicio o derecho que se adquiere*”.

del comodatario se debe entender como un *emolumento* (como no todo pago es oneroso). De este modo, aunque el contrato de comodato se estipule en interés del comodante o éste obtenga cierta ventaja, no es causa de exclusión de la naturaleza gratuita del contrato, ni estamos ante un intercambio de prestaciones; siempre que la intención de las partes sea la de facilitar el uso del bien al comodatario, y siempre que éste sea el contenido principal del contrato.

En opinión de la Dra. Encarnació Ricart, el artículo 1741 del C.c. marca una regla interpretativa en contra del comodato.

3.3.3.- El modo.

Creemos también oportuno hablar del modo como elemento accesorio de los actos jurídicos gratuitos, de manera no muy extensa y sin profundizar en las teorías dogmáticas sobre la naturaleza jurídica del *modus*¹⁹⁵.

Existen diversas concepciones del modo o carga, sin embargo, predomina la que lo define como “*un elemento accidental o cláusula del acto jurídico que se presenta únicamente en los actos de liberalidad y en los actos a título gratuito*”¹⁹⁶. Por lo tanto, podríamos afirmar que se trata de una obligación impuesta al beneficiario que no supedita el derecho atribuido por el acto jurídico a su cumplimiento, obligando al favorecido con la liberalidad al cumplimiento de la carga (obligación accesoría que actúa como un límite a la liberalidad).

¹⁹⁵ De acuerdo con Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 33., queda determinado que en Derecho romano, Kaser, Muzaffer. *Das römische privatecht, Das nacklassische Entwicklungen*. T.II, München, 1975, pp. 98, contemplaba el modo como “*el comportamiento o carga que se impone a una persona que se ve favorecida con una atribución patrimonial a título lucrativo, con el objeto de que, por este medio, se satisfaga el fin previsto por el autor de la liberalidad*”.

¹⁹⁶ De los Mozos, José Luis. El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial. *Revista de Derecho Privado*. Vol. 62, N°. 4 (ABR) 1978, pp. 223-234., y Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 34., Montés Penadés, Vicente L. *Voz Modo*, en *Enciclopedia Jurídica Básica T. III*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 4.324, afirma que “*se presenta el modo, en general, como el deber de prestación impuesto por el disponente, en una atribución gratuita, a cargo del destinatario de la atribución, como accesorio de la misma*”.

En la definición que hemos señalado de modo hacemos referencia a tres elementos: accesoriedad, gratuidad y obligatoriedad. Por lo que respecta a la accesoriedad del modo, ésta es la característica que lo diferencia de otras figuras afines. El modo tiene su propia autonomía respecto a la causa del negocio jurídico. Mientras la causa es el elemento necesario para que el contrato exista y sea eficaz, el modo es un elemento eventual y posible. El modo no incide sobre el elemento causal, de manera que ni lo altera ni lo cambia¹⁹⁷. Como ya se ha apuntado anteriormente, no toda prestación u obligación impuesta al comodatario supone necesariamente una contraprestación. El modo se diferencia de la contraprestación en que es accidental y forma parte del contenido accesorio del contrato. Como el modo no tiene carácter conmutativo, compensatorio o de equilibrio patrimonial (sino limitativo), no es posible en los contratos onerosos. No existe equivalencia entre liberalidad y modo, sino dependencia, accesoriedad, entre ambos conceptos. “*La carga o modo no produce reciprocidad, en el sentido de que pueda haber una interdependencia entre las obligaciones del que impone el modo y el que debe cumplirlo, por lo que no podemos hablar de obligaciones sinalagmáticas*¹⁹⁸”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha hecho hincapié en la diferencia entre modo y contraprestación. En efecto, la Sentencia de 30 de diciembre de 1985 (J.C. 823) sostuvo que la nota específica del modo es su carácter accesorio frente a la liberalidad que se modera por su presencia.

Desde el punto de vista objetivo, tal característica permite y hace compatible la coexistencia de modo y liberalidad, de manera que el modo no conlleva contraprestación, ni la liberalidad acto jurídico con causa onerosa. Por otro lado, por lo que respecta a la relación cuantitativa entre el modo y la liberalidad, puede surgir el problema cuando el modo tiene más valor que la liberalidad. Existen dos perspectivas:

¹⁹⁷ Sin embargo, el problema se plantea con aquellos que caracterizan el modo como un motivo del contrato y al mismo tiempo parten de la noción de causa subjetiva, afirmando que la causa es la razón o el motivo decisivo que induce a negociar. En Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 38-40, da la solución a este problema sosteniendo que la causa es un elemento objetivo, y que el modo y la causa no se identifican y nada tiene que ver el modo con el motivo.

¹⁹⁸ Según Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 44.

una objetiva que tiende a la valoración económica de ambos supuestos, y otra subjetiva que toma en consideración la voluntad del destinatario que acepta la liberalidad. Nuestro Código Civil no regula de manera clara la relación cuantitativa entre liberalidad y modo, dejándolo en manos de la doctrina y la jurisprudencia (que establecerán los criterios a seguir). Consideramos que aunque el modo sea cuantitativamente equivalente a la liberalidad, no afecta a la subsistencia de éste ni a la naturaleza del negocio jurídico. Y “*para que un contrato sea considerado oneroso es necesario que entre las prestaciones u obligaciones se dé una relación de intercambio o trueque [...]; las obligaciones deberían ser sinalagmáticas (recíprocas e interdependientes), y el modo un elemento accesorio del acto jurídico, por lo que no existe interdependencia y la relación cuantitativa entre modo y liberalidad no afectará al carácter gratuito del acto modal*”¹⁹⁹.

El otro elemento que habíamos mencionado era la gratuidad como elemento típico del *modus*. Aunque la mayor parte de la doctrina considera que el modo es solamente compatible con los contratos gratuitos, también los hay que admiten el modo en los contratos onerosos²⁰⁰. Incluso el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de junio de 1964 (R.J.A. 3097) interpretando una cláusula de un contrato de compraventa admite la existencia de un modo. Sin embargo, Isabel Rabanete sostiene que “*el modo no cabe en los contratos a título oneroso, porque entonces habría contraprestación de equivalente neutralizada por la prestación de la otra parte*”²⁰¹. La doctrina española mantiene la sinonimia entre actos a título gratuito y actos a título de liberalidad; pero consideramos que no todos los actos gratuitos son actos de liberalidad, ni todos los actos de liberalidad son donaciones²⁰². La doctrina en este aspecto está muy dividida pero no vamos a entrar a valorar las diferentes tesis puesto que no son objeto de este trabajo.

¹⁹⁹ De acuerdo con Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 51.

²⁰⁰ En Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 52, se menciona a WINSCHIED, VAN WETTER, BEKKER, Cit. Por CASTÁN TOBEÑAS, J.: *El modo en los actos jurídicos. El concepto de modo*, ob. cit., págs. 217-218.

²⁰¹ En Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 54.

²⁰² Según Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 56-59., entiende que el concepto liberalidad tiene un

El tercer elemento hacía referencia a la obligatoriedad del *modus*, y en este sentido hay que hablar del modo como la obligación impuesta al beneficiario por el autor de la liberalidad. Y en definitiva, el modo es una obligación accesoria que no conlleva contraprestación, y puede imponerse en todos los actos jurídicos a título gratuito, con independencia de la existencia o no de un ánimo liberal.

3.3.4.- Principales diferencias entre el comodato y el arrendamiento.

Como ya se ha comentado, en ocasiones no resulta fácil distinguir el comodato del arrendamiento, especialmente cuando el comodante impone al comodatario ciertas obligaciones, que éstas pueden ser consideradas como contraprestaciones o como cargas; y ello dependerá de la relación de causalidad que exista entre ambas. Las relaciones jurídicas o los contratos son lo que son, no lo que las partes dicen que son. Tanto el contrato de comodato como el de arrendamiento son contratos que implican un derecho de uso del bien objeto del contrato. El comodato es un contrato real y unilateral, y el arrendamiento es consensual y sinalagmático, aunque ello no es suficiente para diferenciarlos. Por tanto la diferencia entre ambos contratos radica en lo siguiente: en el comodato, la obligación del comodatario tiene por objeto una prestación de diligencia y de restituir la cosa; mientras que en el arrendamiento, la prestación del arrendatario tiene como objeto principal la compensación por el uso, mediante el pago de una retribución (sea o no económica). De este modo, no sería posible un contrato de arrendamiento en el que estuviese la obligación de pagar un precio a cambio del uso del bien²⁰³. Estaremos ante un comodato cuando el propietario o poseedor conceda a un tercero el goce de la cosa sin que haya contraprestación a cambio. El contrato de comodato dejará de ser tal y se convertirá en arrendamiento en el momento en el que el comodatario pague algún *emolumento*. Tendremos que tener en cuenta los intereses que el contrato está destinado a satisfacer, y comprobar si la obligación impuesta al comodatario es un modo o se trata de una contraprestación. De conformidad con Isabel Rabanete, “*si de la valoración de tales intereses (que son los que constituyen la causa del contrato) se deduce que la obligación impuesta al beneficiario tiene el carácter de*

aspecto subjetivo (elemento psicológico que se contrapone a necesidad) y otro objetivo (atribución jurídica desinteresada), mientras que gratuidad implica una valoración económica.

²⁰³ La STS de 26 de enero de 1987 (J.C. 21) manifestaba que “*no hay arrendamiento si falta el requisito esencial de fijación del precio*”, y está comentada en Anexo VII.

*pago por la atribución patrimonial recibida, de forma que resulte claro que la causa del contrato estipulado entre las partes será un arrendamiento. Si, en cambio, de la valoración de los intereses revelados en la estipulación de dicho acto jurídico, se deduce que la obligación puesta a cargo del comodatario está en una posición diversa a la obligación del comodante, es decir, que la prestación no supone el pago o intercambio por la atribución patrimonial, el contrato estipulado será un contrato modal*²⁰⁴. Nuestra jurisprudencia entiende que la cesión de un inmueble a cambio de prestar asistencia y cuidados al propietario no es un arrendamiento²⁰⁵.

3.3.5.- Conclusión.

En definitiva, el comodato y el arrendamiento son dos figuras totalmente distintas y con un régimen jurídico diverso, pues el primero es gratuito y el segundo oneroso. La gratuidad en el comodato no se excluye “*por la prestación de servicios especiales o el pago de un canon al concedente, siempre que no sea una contraprestación al beneficio recibido y la imposición de una carga en el comodato no desnaturaliza el carácter gratuito de dicho contrato*”²⁰⁶. La jurisprudencia española²⁰⁷ ha venido considerando estos contratos como contratos de arrendamiento o supuestos de

²⁰⁴ En Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 95.

²⁰⁵ Por ejemplo, la STS de 26 de enero de 1987 (J.C. 21), antes aludida. En este caso, no se habló del contrato de comodato (pues las partes ni se lo llegaron a plantear), pero bien es cierto que no solamente el propietario del inmueble puede ceder su uso en comodato, también lo pueden hacer los poseedores del bien que tengan un justo título (el usufructuario o el arrendatario). El Tribunal deja claro que no están ante un contrato de arrendamiento (al faltar uno de los requisitos esenciales: el pago de un precio cierto). En este supuesto, cabría la posibilidad de un contrato de comodato con carga (la usufructuaria cede gratuitamente el uso de la finca a su hija (copropietaria del inmueble) con la obligación de cuidarla, pero nadie tuvo presente este contrato.

²⁰⁶ Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 95.

²⁰⁷ A diferencia de la italiana que tenía en cuenta estos contratos, por ejemplo en la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 2 de octubre de 1971 (Giurisprudenza Italiana 2684/1972), en la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 16 de mayo de 1984 (Nuevo Diritto, 671), o la en la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 19 de febrero de 1947 (Giurisprudenza Italiana, 154); extraída esta Jurisprudencia de Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999, pp. 97.

precario, y debería tener más en consideración el contrato de comodato ante casos como los de la STS de 26 de enero de 1987, ya que ante estos supuestos, la mayoría de los casos resueltos han sido tratados de precario²⁰⁸. En el contrato de comodato, el abono de los gastos de energía eléctrica, gas... podrían incluirse en la obligación del comodatario de abonar los gastos ordinarios para el uso y conservación de la cosa (no desnaturalizándose así el contrato). También podría darse el contrato de comodato de fundos rústicos²⁰⁹.

Título IV.- El comodato y su distinción con el precario.

3.4.1.- Supuesto de hecho e importancia de su calificación como comodato o precario.

En ocasiones, parientes próximos a los cónyuges, antes o después de que éstos contraigan matrimonio, les ceden (a los cónyuges) una vivienda a título gratuito para que la usen como vivienda familiar²¹⁰. Mientras la relación de pareja va viento en popa no surgen conflictos; sin embargo, éstos aparecen cuando la pareja entra en crisis y acaban separándose o divorciándose y el juez atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de ellos (normalmente a la mujer) para que conviva con sus hijos (de acuerdo con el art. 96 del C.c.).

Ante esta situación, el propietario del inmueble es muy probable que solicite su restitución mediante una acción de desahucio por precario²¹¹ o una acción reivindicatoria. En este caso, el propietario sostiene que la cesión del bien fue en precario, ya que así el cedente puede reclamarla en cualquier momento (art. 1750 C.c.);

²⁰⁸ Es un contrato en el que se cede gratuitamente el uso del bien sin pacto de duración. Por ejemplo la STS de 21 de noviembre de 1967 (R.J.A. 4706) o la STS de 30 de octubre de 1986 (R.J.A. 6017).

²⁰⁹ Como consecuencia de las fuertes restricciones que sufren los propietarios a causa de las legislaciones vinícolas, que prefieren conceder el fundo a título gratuito reservándose la ventaja de excluir el concesionario en cualquier momento y además obtener cualquier prestación accesoria (por ejemplo el comodatario paga los impuestos que gravan el fundo (gastos ordinarios) y hace las mejoras que estime oportunas para no perder el rendimiento del cultivo.

²¹⁰ Situación que no hay que confundir y que es bien distinta en aquellos casos en los que un miembro de la pareja es el propietario del inmueble.

²¹¹ En este sentido, en el Anexo VIII se recoge un ejemplo de una demanda de juicio declarativo verbal de desahucio por precario que hice el año pasado en el despacho de abogados en el que trabajo.

mientras que la parte demandada alega que se trata de un comodato, de manera que su devolución sólo podría darse en caso de urgente necesidad (art. 1749 C.c.).

Como ya se ha ido desarrollando a lo largo de este trabajo, el comodato se caracteriza por su gratuidad y duración temporal²¹²; siendo hoy en día muy habitual que unos padres quieran ayudar a sus hijos a que inicien una nueva vida y cedan de manera gratuita la vivienda que precisan (bien sea por ejemplo porque no pueden acceder por sus propios medios a una vivienda o por los altos precios de las mismas).

3.4.2.- Doctrina jurisprudencial.

Doctrina del Tribunal Supremo.

La jurisprudencia del TS no ha dado una solución clara, pues en algunas ocasiones considera que estamos ante un comodato, y otras ante un precario.

En la STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 10250)²¹³ queda determinada la existencia de un comodato, al considerar que “*la temporalidad de la relación deriva tácitamente del destino del bien al uso de la vivienda familiar, por lo que debe desestimarse la acción reivindicatoria entablada para recuperar la posesión mientras continúe dicho uso (salvo que se acredite una urgente necesidad)*”²¹⁴. En este caso, la nuera y las hijas se quedaron con la posesión de la vivienda, cuyo uso les había sido concedido mediante convenio regulador de divorcio homologado judicialmente.

En cambio, encontramos la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 10330) y la STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 5552)²¹⁵ que estiman el juicio de desahucio por precario interpuesto por el propietario contra la nuera, al entender esta última sentencia

²¹² Su duración será la que hayan pactado las partes, la que resulte del uso al que se destina la cosa dada en comodato, o la que determine la costumbre de la tierra. No obstante, el art. 1750 C.c. determina que cuando no se hubiera señalado un plazo, y éste no se deduce del tiempo necesario para usar la cosa prestada, ni venga el plazo determinado por la costumbre de la tierra, el comodante podrá reclamar la cosa sin que sea necesario alegar urgente necesidad.

²¹³ Mencionada por el Prof. Marín López.

²¹⁴ En palabras de Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 576.

²¹⁵ Mencionadas por el Prof. Marín López.

que “*la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un precario, que es lo menos gravoso para el concedente*”²¹⁶.

La jurisprudencia menor.

También hay posturas distintas sobre la cesión gratuita de un inmueble a un familiar para servir de vivienda familiar.

Muchas sentencias califican esta situación de comodato²¹⁷, y el argumento seguido es que “*se ha fijado la duración del comodato en función de un uso preciso y determinado que ha de darse al bien, cual es servir de vivienda familiar*”²¹⁸. Por lo tanto, el comodato se mantiene mientras continúe ese uso. Además, el hecho de que califiquen de comodato estas situaciones también es porque se considera la medida más adecuada para conseguir la protección de la familia²¹⁹.

Otras muchas, sin embargo, consideran que quien posee la vivienda lo hace en condición de precario, de manera que el propietario podrá solicitar la restitución en cualquier momento²²⁰. Consideran en este caso que la cesión de un inmueble para que sirva de vivienda familiar no conlleva la existencia de un uso preciso y determinado que

²¹⁶ En palabras de Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 576.

²¹⁷ SAP de Zaragoza de 30 noviembre de 1994 (AC 2073), SAP de Salamanca de 19 junio de 1995 (AC 1141), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 1999 (AC 1163), SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2000 (AC 4278), SAP de Valencia de 21 de noviembre de 2003 (JUR 2004), SAP de Málaga de 4 de febrero de 2004 (JUR 2005, 139923), y SAP de Castellón de 13 de mayo de 2005 (AC 1470), entre otras.

²¹⁸ En palabras de Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 577.

²¹⁹ De acuerdo con Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 578., que cita en este sentido la SAP de Asturias de 20 de enero de 1999 (AC 215) y la SAP de Madrid de 15 de enero de 2000 (AC 1237).

²²⁰ En este sentido, SAP de Navarra de 27 de marzo de 1992 (AC 487), SAP de Granada de 10 de junio de 1996 (AC 1219), la SAP de Pontevedra de 3 de octubre de 2001 (JUR 2002, 14138), la SAP de Zaragoza de 12 de marzo de 2004 (AC 622) y la SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 290201), entre otras de las mencionadas por el Prof. Marín López en su artículo.

establece el art. 1750 C.c. El Prof. Marín López²²¹ considera que “*si no se ha fijado un plazo de duración expreso o tácito de la cesión del uso, ni un uso preciso y determinado del que pueda deducirse el pacto de un uso cuyo ejercicio implique una duración determinada, habrá que entender que existe un precario, y el cedente podrá reclamar la devolución del bien a su voluntad*”.

Por lo que respecta a la posible existencia de mala fe o ejercicio abusivo por parte del propietario que quiere recuperar su vivienda tras la separación o divorcio, también encontramos posturas contrapuestas. Por un lado, “*la propia liberalidad que supuso ceder gratuitamente durante varios años la vivienda impide calificar de abusiva la acción para recuperar la posesión*”²²². Por otro lado, se considera que existe mala fe cuando el propietario quiere recuperar su vivienda por el hecho de que ya no existe ningún lazo de parentesco entre el propietario y el hijo/a de éste, con el que fue su cónyuge²²³. Además, la SAP de Orense de 17 de marzo de 2006 (JUR 237091)²²⁴ señala que “*el principio constitucional de protección a la familia no puede ser aplicado por sí solo y prescindiendo de cualquier otra consideración para amparar posesión en precario*”.

STS de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 180)²²⁵.

El Prof. Marín López²²⁶ considera que con esta Sentencia la disputa ha acabado. En efecto, esta Sentencia considera que ante este tipo de supuestos, calificaremos la situación de precario. El propietario que había cedido una vivienda a su hijo y a su cónyuge para que fuera su hogar familiar, y cuyo uso corresponde a la mujer porque así

²²¹ En Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 579.

²²² Así lo determina la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993 (AC 2359), a la que alude el Prof. Marín López.

²²³ De acuerdo con la SAP de Valladolid de 26 de abril de 1994 (AC 709), citada por el Prof. Marín.

²²⁴ Sentencia citada en Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 579.

²²⁵ Sentencia que comenta el Prof. Marín López en su artículo.

²²⁶ En Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 579.

se había pactado en el convenio regulador judicialmente homologado por la sentencia de separación matrimonial, interpuso una acción reivindicatoria²²⁷ contra el matrimonio (ya separado o divorciado). El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero ante la sentencia dictada por este Juzgado, la mujer interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial (en el que se desestimaba la demanda inicial); y a su vez contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el propietario interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo. En esta última sentencia se plantea el problema de las distintas posturas, esto es, si se trata de un comodato o de un precario (y la jurisprudencia ya mencionada al respecto). De conformidad con el F.J. quinto de esta sentencia, es de vital importancia conocer “*si la demandada ostenta un título que le permita seguir poseyendo el inmueble propiedad del padre de su marido una vez producida la crisis matrimonial*”²²⁸, y para ello tendremos que averiguar si existe un contrato entre las partes o no. Por lo tanto, cuando exista un contrato entre las partes, se aplicarán las reglas de un contrato de comodato; en defecto de contrato, estaremos ante un precario. En este supuesto, el TS consideró que no existía un título que permitiera a la esposa seguir poseyendo²²⁹, motivo por el cual el propietario podía reivindicar la cosa y recuperarla²³⁰.

²²⁷ Con la acción reivindicatoria lo que se pretende es declarar el dominio sobre algo, en este caso sobre una vivienda. En este supuesto, el propietario, para recuperar la posesión de la vivienda, en primer lugar ejerció una acción de precario, que al ser desestimada, formuló demanda pidiendo que se declarase su dominio sobre la finca objeto de litigio.

²²⁸ En Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 580.

²²⁹ Comentando con la Dra. Ricart este apartado, se nos planteó la posibilidad de si el convenio regulador homologado judicialmente por la sentencia de separación o divorcio puede llegar a ser un título o no. En este caso, el Tribunal consideró que “*no quedó probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer el inmueble*”. Por lo tanto, “*la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual*”.

²³⁰ Creemos también oportuno comentar que el Prof. Marín, en Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 580., considera que el TS tiene contradicciones en sus argumentos. Por un lado, el debate se centra en la existencia o no de un contrato entre las partes, y a falta de contrato la demandada tiene una posesión tolerada por el propietario (sin ostentar ningún título). En los casos de posesión tolerada por el

3.4.3.- Argumentos a favor de su calificación como precario.

En primer lugar, el comodato es un contrato temporal, y su duración, de acuerdo con los arts. 1749 y 1750 C.c.), puede venir fijada de tres modos: por pacto entre las partes, la que resulte del uso al que la cosa se destine, o la que determine la costumbre de la tierra. Si resulta que ninguno de estos criterios sirve para determinar la duración, la doctrina mayoritaria considera que estaremos ante un precario²³¹. Por ejemplo, el propietario puede ceder a los cónyuges la vivienda hasta que al matrimonio le entreguen la vivienda que han comprado y que se está construyendo (quedando claro que en este caso se trata de un comodato). Si la duración no queda delimitada temporalmente, no estaremos ante un comodato, sino ante un precario, al entender que no se pactó duración (por ejemplo aquel padre que cede la vivienda al matrimonio, pero entre las partes acuerdan que la cesión se terminará si acaban separándose o divorciándose).

En segundo lugar, si a la cosa que se prestó no se ha pactado uso, o este uso no se deduce, la doctrina mayoritaria opina que estaremos ante un precario. En cambio, si la cosa se prestó para un uso (por ejemplo, una vivienda para habitar), el contrato se extingue cuando finaliza ese uso (no pudiendo el comodante solicitar la restitución hasta

propietario, el poseedor está en situación de precario (pudiendo el propietario poner fin a la posesión cuando desee). El profesor opina que en este caso no estamos ante una posesión tolerada, sino concedida por el mismo propietario mediante un título válido, existiendo por tanto, “*un contrato que legitima el uso de la vivienda por los poseedores, y la cuestión es si ese contrato es un comodato típico del art. 1740 C.c., por tener una duración determinada, o un contrato de comodato sin plazo de duración (art. 1750 C.c.), que se vincula con la noción de precario*”. Por otro lado, el Profesor opina que si sostenemos que la cesión de la vivienda que el propietario hace a los cónyuges es un comodato que se convierte en precario al cesar el matrimonio; ello resulta contradictorio cuando decimos que no ha quedado probada la existencia de un contrato entre las partes, y la mujer posee en concepto de precario (al tratarse de una situación tolerada). Además, si en la sentencia de separación o divorcio se afirma que “*no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual*”, si no cambia el título, ¿cómo puede ser que se pase tras la sentencia de un comodato a un precario?.

²³¹ De acuerdo con Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 581.

ese momento, salvo urgente necesidad, de acuerdo con el art. 1749 C.c.)²³². Este uso puede pactarse de forma expresa o deducirse tácitamente. En este caso que estamos analizando, “*los fines para los que se cede la vivienda no constituyen un uso determinado en el sentido del art. 1750 C.c., ya que no implican ninguna duración concreta. La vivienda se cede para servir a su uso genérico, sin que pueda ser entendido como criterio de delimitación temporal*”²³³; motivo por el que estaremos ante un precario y no ante un comodato. Además, el uso de la cosa, en el caso de que venga dado por la costumbre de tierra, tiene que ser una costumbre en los términos del art. 1.3 C.c.²³⁴, y que sirva para limitar temporalmente la duración de la cesión del bien; y de acuerdo con el Prof. Marín López, “*en el caso que nos ocupa, es claro que no existe una costumbre que funcione como parámetro para fijar la duración del comodato*”²³⁵. En este sentido, hemos considerado oportuno mencionar un párrafo de la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993 (AC 2359)²³⁶, el FJ 3º, un párrafo que ha sido reproducido en multitud de ocasiones por la jurisprudencia menor. “*A estos efectos es importante diferenciar entre el concreto “uso” de la cosa para el cual se presta o el “destino” específico o “finalidad” de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, es decir, una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el “uso” al que alude el artículo 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente*

²³² Existe mucha jurisprudencia relativa a los problemas interpretativos del uso de la cosa prestada, pero no vamos a analizar estas interpretaciones por no ser objeto de este trabajo.

²³³ En palabras del Prof. Marín López en Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 583.

²³⁴ Art. 1.3 C.c. “*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*”.

²³⁵ De acuerdo con Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 585.

²³⁶ Sentencia a la que hace alusión el Prof. Marín López.

no implican que por falta de pacto sobre el “uso” pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para una vivienda, salvo excepciones que deberán probarse... En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equipararse al supuesto en que exista un “uso” determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él”.

En tercer lugar, también cabría preguntarnos cuál era la verdadera voluntad de las partes. Consideramos que es notorio que el propietario que cede gratuitamente el uso de la vivienda a su hijo lo hace con la idea de que podrá recuperarlo en cualquier momento (salvo que del contrato se deduzca lo contrario). En estos casos, habitualmente, la cesión se hace “*sin una duración, ni un uso determinado, de modo que no se puede presumir el deseo de los parientes propietarios de una cesión vitalicia y de forma absolutamente gratuita, sin posibilidad de recuperación*”²³⁷.

En cuarto lugar, en el caso de que entendamos que en un primer momento se celebró un contrato de comodato, después, con la separación o divorcio y la atribución por sentencia del uso de la vivienda al cónyuge del comodatario, se extingue el comodato por tratarse de un contrato de carácter personalísimo (*intuitu personae*), estando el poseedor en condición de precario²³⁸.

3.4.3.- Conclusión.

En definitiva, estaremos ante un precario cuando el propietario de un inmueble cede de manera gratuita una vivienda a un familiar, “*salvo que en el contrato se hubiera*

²³⁷ Conforme a la SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2007 (JUR 120706), mencionada por el Prof. Marín López en su artículo.

²³⁸ Así queda reflejado en la SAP de Pontevedra de 22 de febrero de 2007 (JUR 254212), y en la SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 221673), mencionadas por el Prof. Marín López en su artículo.

*pactado un plazo de duración de la cesión, o ese plazo viniese determinado por el uso determinado al que ha de destinarse la cosa prestada*²³⁹. Esa situación de precario se mantiene tras la separación o divorcio y la posterior atribución del uso de la vivienda a al cónyuge (junto con los hijos) en sentencia; quedando así establecido por la Jurisprudencia²⁴⁰. Esta misma solución la adoptan los tribunales cuando los ocupantes de la vivienda no están casados pero mantienen una relación estable de pareja (o pareja de hecho), y tras la ruptura de la pareja se atribuye el uso de la vivienda a uno de ellos, pudiendo el propietario del inmueble solicitar que se le restituya²⁴¹. No obstante, también estaremos ante un precario cuando la persona que usa la vivienda es el cónyuge del otro cónyuge fallecido del propietario, frente a quien éste interpone con éxito acción de desahucio por precario²⁴² (y lo mismo si no estuvieran casados y mantuvieran una relación de pareja estable). En ocasiones, las Audiencias Provinciales van más allá de la STS de 26 de diciembre de 2006, y también declaran que existe precario incluso en aquellas situaciones en las que no hay crisis matrimonial (supuestos en los que por ejemplo, los padres ceden una finca a sus hijos y tiempo después solicitan la restitución por la mala relación existente entre los padres e hijos).

²³⁹ De acuerdo con Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?. *Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 587.

²⁴⁰ Y en concreto por la STS de 26 de diciembre de 2005, que ha sido acogida por las Audiencias Provinciales.

²⁴¹ Por ejemplo, la SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2006 (JUR, 123128), o la SAP de Madrid de 29 de junio de 2007 (JUR 348530), mencionadas por el Prof. Marín López.

²⁴² En este sentido, SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007 (JUR 331923), entre otras de las mencionadas por el Prof. Marín López.

CONCLUSIONES FINALES

- I. Tanto en el origen del contrato de comodato en Derecho Romano, como en la actualidad, se pretenden regular aquellas relaciones jurídicas entre personas unidas por vínculos de amistad, vecindad o de familia. La naturaleza del comodato es esencialmente gratuita, siendo la finalidad del mismo la de consentir el uso de cosa ajena. Pues como sostiene Esther Domínguez López, “*la gratuidad ha sido un elemento constante y siempre presente en estas relaciones, fuesen o no configuradas como negocios jurídicos protegidos por acciones*”²⁴³.
- II. En un principio el pretor protegió estas relaciones a través de *acciones decretales*, y después esta tutela decretal fue sustituida por una tutela edictal, amparando las pretensiones del comodante mediante la *actio con formula in factum concepta*. Finalmente se le acabó concediendo al comodante una *actio con formula in ius ex fide bona*. Esther Domínguez López afirma que aunque la tutela procesal de los préstamos de uso tuvo lugar en una época tardía, “*la buena fe, el honor y la dignidad fueron factores que, jugando un papel decisivo en estas relaciones, encontraron para las mismas en la sanción social una protección tan eficaz como las que luego lograron las acciones*”²⁴⁴.
- III. La jurisprudencia clásica consideró que como el comodato beneficiaba solamente a una de las partes (al comodatario) había que atribuírsele a esta parte un mayor grado de responsabilidad (lo que en este mismo trabajo hemos llamado “responsabilidad agravada”). Gayo cuestionaba la posible atenuación de la responsabilidad del comodatario en caso de que también hubiese un provecho para el comodante. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia consideró irrelevante el hecho de que el comodante obtuviera algún beneficio de la relación a efectos de disminuir la responsabilidad del comodatario. A finales del período clásico la responsabilidad sufrió un notable giro, siendo la única alternativa posible la de dolo-culpa. Y superada

²⁴³ En Domínguez López, Esther. *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*. Granada: Comares, 2001, pp. 271.

²⁴⁴ En Domínguez López, Esther. *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*. Granada: Comares, 2001, pp.272.

esta disyuntiva (de dolo-culpa) apareció un nuevo concepto: la *diligentia*. En este sentido distinguimos los contratos celebrados en interés del acreedor (comodante), en los que la responsabilidad del deudor se limita al dolo; los celebrados en interés del acreedor y del deudor (el comodatario, respondiendo éste por culpa); y los celebrados en interés del deudor, en los que éste responde tanto de la culpa como de la *diligentia*.

- IV. La *custodiam praestare* es aquella obligación que le viene impuesta al comodatario con la finalidad de garantizar al comodante el cumplimiento de la obligación principal. Por tanto, el comodatario responderá del incumplimiento producido por aquellos actos que se pudieron evitar (por ejemplo de la pérdida o deterioro de la cosa); excepto en casos de *vis maior* (fuerza mayor) o caso fortuito. Por lo tanto, cuando el incumplimiento de la obligación no viene dado por factores externos (casos de fuerza mayor), sino que son consecuencia del comportamiento del propio comodatario, entra en juego la culpa.
- V. En relación con el Derecho comparado, podemos decir que todos los Códigos Civiles analizados regulan de manera muy semejante (por no decir igual) la figura del comodato. El Código Civil chileno es considerado uno de los mejores Códigos Civiles latinoamericanos, y hemos tomado también el Código Civil venezolano por no quedarnos con el análisis de un sólo código latinoamericano. Los que a nuestra opinión regulan los aspectos característicos del comodato de modo más semejante son los Códigos Civiles europeos (el italiano, el francés, y el español). El venezolano es el más sencillo de todos los analizados (pero no por ello deja de regular cuestiones importantes). Bien es cierto que todos ellos hacen alusión al objeto, a las obligaciones de las partes y la responsabilidad del comodante y del comodatario, aunque unos lo hacen de forma más extensa que otros. Con ello queremos decir que hay cuestiones no reguladas en el C.c. puesto que se sobreentendened reguladas en la parte general de las obligaciones.
- VI. Al legislador español se le ha planteado la problemática de si se debe considerar el contrato de comodato como un contrato real. Parte de la doctrina niega la actual categoría de los contratos reales al considerar que existe un precontrato consensual de préstamo, en el que las partes se obligan a entregar una cosa determinada en un momento posterior; de modo que la

entrega sería un elemento del cumplimiento de la obligación de restitución y no del contrato del que ésta deriva. Sin embargo, ello no puede admitirse, ya que tal y como establece el Código Civil, el contrato de comodato se perfecciona con la entrega de la cosa.

- VII. Como ya hemos comentado, la gratuidad es el elemento esencial del contrato de comodato, y si interviene algún emolumento o merced surge una figura distinta: el arrendamiento. Por lo tanto, si en un momento posterior al del perfeccionamiento del contrato de comodato, acaba existiendo contraprestación, el comodato se transforma *ipso iure* en arrendamiento. No obstante, hay que mencionar que aquellos gastos ordinarios que son a cargo del comodatario quedan incluidos dentro de la obligación del deudor en dicho contrato de comodato.
- VIII. Finalmente, hablaremos de los rasgos distintivos entre la figura del precario y la del comodato. En este trabajo hemos expuesto el supuesto en que los padres o parientes próximos a uno de los miembros de la pareja prestan a ésta (la pareja) una vivienda para que la usen como vivienda familiar. Estaremos ante un precario cuando la duración no queda delimitada temporalmente y cuando no se ha pactado un uso²⁴⁵. Entonces, en estos casos, el propietario del inmueble puede solicitar su restitución mediante una acción de desahucio por precario o declarar el dominio sobre la finca mediante una acción reivindicatoria. En el comodato, a diferencia del precario, no se puede recuperar la cosa hasta que no acaba el uso para el cual se prestó.

²⁴⁵ De acuerdo con lo comentado en el apartado 3.4.3, relativo a los argumentos a favor de su calificación como precario.

Bibliografía:

- Albadalejo, Manuel. *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*. 12a. ed. Madrid: Edisofer, 2004, pp. 795-803.
- Daza Martínez, Jesús; Rodríguez Ennes, Luis. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 345-346.
- De Diego, Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español*. T. II, Madrid: Reus, 1959, pp. 353.
- Delgado Echevarría, Jesús. *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*. vol. 2º, 3a. ed. Barcelona: Dykinson, 1995, pp. 179.
- De los Mozos, José Luis. El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial. *Revista de Derecho Privado*. Vol. 62, Nº. 4 (ABR) 1978, pp. 223-234.
- Domingo, Rafael. *Textos de Derecho Romano*. Edición corregida y aumentada. Navarra: Aranzadi, 2002.
- Domínguez López, Esther. *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*. Granada: Comares, 2001.
- D'Ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. 8a. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1991, pp. 461-464.
- Fernández De Buján, Antonio. *Derecho Privado Romano*. 4a. ed. Madrid: Iustel, 2011.
- García Garrido, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano. Acciones, casos, Instituciones*. 1a. ed. abreviada. Madrid: Dykinson, 1993, pp. 326-333.
- Guzmán Brito, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Kaser, Muzaffer. *Das römische privatecht, Das nacklassische Entwicklungen*. T.II, München, 1975.
- López López, Ángel María. *Derecho civil. Obligaciones y contratos*. 3a. ed. Madrid: Colex, 1998.
- Mantovani, Dario. *Le formule del processo privato romano*. 2a. ed. Padova: CEDAM, 1999.
- Marín López, Manuel Jesús. El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?.

- Derecho y familia en el siglo XXI*. Editorial Universidad de Almería, 2011, vol. 1, pp. 575-592.
- Martín-Retorillo, Cirilo. El comodato en nuestros días. *Anuario de derecho civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953, Vol. 6. Nº 4, pp. 839-856.
 - Miquel, Joan. *Derecho Privado Romano*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 287-293 y 306-307.
 - Miquel, Joan. *Historia del Derecho Romano*. Madrid: PPU, 1995.
 - Montés Penadés, Vicente L. *Voz Modo*, en *Enciclopedia Jurídica Básica T. III*. Madrid: Civitas, 1995.
 - Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio. *Derecho Privado Romano*. Málaga: Marcial Pons, 2010.
 - Pastori, Franco. *Il commodato in diritto Romano*. Bologna: Cisalpino, 1995.
 - Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen. *El contrato de comodato*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 282.
 - Pérez González, Blas; Alguer, José. *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Enneccerus*. Traducción de la 39a. ed. Barcelona: Bosch, 1981, pp. 401.
 - Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho civil II*. 2a. ed. Barcelona: Bosch, 1956, pp. 307.
 - Rabanete Martínez, Isabel. *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*. Valencia: colección privada Tirant lo Blanch, 1999.
 - Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Edisofer, 1995, pp. 426-429.
 - Valpuesta Fernández, Rosario. *Derecho civil. Obligaciones y Contratos*. 3a. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 737.
 - Vivas Tesón, Inmaculada. *El contrato de comodato*. Valencia: colección privada Tirant Lo Blanch, 2002.
 - Volterra, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 493-495.
 - Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. T. IV. 2a. ed. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1899, pp. 860.
 - Serrano Vicente, Martín. *Custodian praestare: la prestación de la custodia en el derecho romano*. Madrid: Tebar, 2007. (google books).

Recursos electrónicos:

- <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php./rderecho/article/viewFile/594/561> [Consulta: 31 de enero de 2015].
- http://www.lexweb.cl/media/users/10/523229/files/49917/Derecho_Romano_-_Apunte_General.pdf [Consulta: 6 de febrero de 2015].
- <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/21703/1/HISTORIA%20Y%20FUENTES%20DEL%20DERECHO%20ROMANO.pdf> [Consulta: 6 de febrero de 2015].
- <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Adame.pdf> [Consulta: 6 de febrero de 2015].
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201105-87946432215858.html> [Consulta: 7 de febrero de 2015].
- <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/7.pdf> [Consulta: 8 de febrero de 2015].
- <http://www.gerencie.com/fuerza-mayor-o-caso-fortuito.html> [Consulta: 9 de febrero de 2015].
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1782/9.pdf> [Consulta: 9 de febrero de 2015].
- http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071654551999002100033&script=sci_arttext [Consulta: 9 de febrero de 2015].
- <http://vhfderechoromano.blogspot.com.es/2010/07/tema-14-propiedad.html> [Consulta: 9 de febrero de 2015]. (propiedad)
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3329/5.pdf> [Consulta: 9 de febrero de 2015].
- http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107500/deblanco_c.pdf?sequence=3 [Consulta: 10 de febrero de 2015].
- <http://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/27869/1/04-%20Fuentes%20romanas%20en%20las%20Partidas.pdf> [Consulta: 10 de febrero de 2015].
- <http://es.slideshare.net/alexandercamposbquilla/comodato-13331041>
http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080036373/1080036373_04.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2015].
- https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-198410058700592_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%26

- %231103%3BL_La_primitiva_protecci%F3n_procesal_del_Commodatum [Consulta: 12 de febrero de 2015].
- <http://www.monografias.com/trabajos6/cont/cont2.shtml#ixzz3RW75yikut> [Consulta: 12 de febrero de 2015].
 - <http://es.slideshare.net/liberleon/derecho-romano-presentation> [Consulta: 12 de febrero de 2015].
 - <http://es.scribd.com/doc/104670542/jurisconsultos-romanos#scribd> [Consulta: 14 de febrero de 2015].
 - <http://www.gerencie.com/venta-de-la-cosa-dada-en-comodato-y-comodato-de-cosa-ajena.html> [Consulta: 14 de febrero de 2015].
 - https://books.google.es/books?id=SvfE11zX0MsC&pg=PA239&lpg=PA239&dq=responsabilidad+solidaria+en+comodato+de+veh%C3%ADculo,+derecho+romano&source=bl&ots=50JcP3ohMA&sig=AyAiSpHyXFgBez3oDTq_IW2_MQM&hl=es&sa=X&ei=PVffVI_NN8TuUM2VguAP&ved=0CDYQ6AEwBA#v=onepage&q=responsabilidad%20solidaria%20en%20comodato%20de%20veh%C3%ADculo%2C%20derecho%20romano&f=false [Consulta: 14 de febrero de 2015].
 - https://campus.unir.net/cursos/lecciones/ARCHIVOS_COMUNES/versiones_para_imprimir/GD03/TEMA13.pdf [Consulta: 17 de febrero de 2015].
 - <http://jorgemachicado.blogspot.com.es/2009/10/institutas.html> [Consulta: 17 de febrero de 2015].
 - <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/7/moncayo7.pdf> [Consulta: 17 de febrero de 2015].
 - http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/catalogo_imagenes/imagen.cmd?path=1005631&posicion=1 [Consulta: 21 de febrero de 2015].
 - <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html> [Consulta: 21 de febrero de 2015].
 - http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/home.html [Consulta: 24 de febrero de 2015].
 - <https://derechovenezolano.files.wordpress.com/2012/08/codigo-civil-venezolano.pdf> [Consulta: 24 de febrero de 2015].
 - <http://www.derechoromano.es/2012/09/pago-de-lo-indebido.html> [Consulta: 1 de marzo de 2015].

- <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/pago-indebido> [Consulta: 1 de marzo de 2015].
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l4t10.html#l4t10 [Consulta: 19 de marzo de 2015].
- <http://wb.ucc.edu.co/derechocivilbienes1/files/2011/01/derecho-civil-bienes.pdf> [Consulta:14 de abril de 2015].
- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/gastos-ordinarios-gastos-extraordinarios-y-gastos-%C3%BAtiles/gastos-ordinarios-gastos-extraordinarios-y-gastos-%C3%BAtiles.htm> [Consulta:14 de abril de 2015].
- https://books.google.es/books?id=SvfE11zX0MsC&pg=PA259&lpg=PA259&dq=nam+ego+in+culpa+ero....+non+potuit&source=bl&ots=50JiH8nmSC&sig=69_L7YRJ3jlG1CaOTVEXF3Zf7I&hl=es&sa=X&ei=V3EvVcGINIaSsgHnloCQCw&ved=0CCQQ6AEwAA#v=onepage&q=nam%20ego%20in%20culpa%20ero....%20non%20potuit&f=false [Consulta:16 de abril de 2015].
- <http://cartastipo.blogspot.com.es/2011/11/modelo-contrato-de-comodato.html#.VTYN8SHtmko> [Consulta:21 de abril de 2015].
- http://noticias.juridicas.com:8080/base_datos/Privado/cc.tp.html#a1 [Consulta:25 de abril de 2015].

Jurisprudencia

La base de datos empleada para la búsqueda de jurisprudencia ha sido Aranzadi/*Westlaw*: <http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/login/subscription>.

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 4 de junio de 1964 (R.J.A. 3097).
- STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 5552).
- STS de 21 de noviembre de 1967 (R.J.A. 4706).
- STS de 3 de junio de 1983 (RJ 1983, 3288).
- STS de 30 de diciembre de 1985 (J.C. 823).
- STS de 30 de octubre de 1986 (R.J.A. 6017).
- STS de 26 de enero de 1987 (J.C. 21).
- STS de 22 de octubre de 1987 (R.J.A 7466).
- STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 10250).
- STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 10330).
- STS de 26 de diciembre de 2005.
- STS de 30 de abril de 2013.

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP de Navarra de 27 de marzo de 1992 (AC 487).
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993 (AC 2359).
- SAP de Navarra de 7 de abril de 1994 (A.C.617).
- SAP de Valladolid de 26 de abril de 1994 (AC 709).
- SAP de Zaragoza de 30 noviembre de 1994 (AC 2073).
- SAP de Salamanca de 19 junio de 1995 (AC 1141).
- SAP de Granada de 10 de junio de 1996 (AC 1219).
- SAP de Asturias de 20 de enero de 1999 (AC 215).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 1999 (AC 1163).
- SAP de Madrid de 15 de enero de 2000 (AC 1237).
- SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2000 (AC 4278).
- SAP de Pontevedra de 3 de octubre de 2001 (JUR 2002, 14138).
- SAP de Valencia de 21 de noviembre de 2003 (JUR 2004).

- SAP de Málaga de 4 de febrero de 2004 (JUR 2005, 139923).
- SAP de Zaragoza de 12 de marzo de 2004 (AC 622).
- SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 290201).
- SAP de Castellón de 13 de mayo de 2005 (AC 1470).
- SAP de Orense de 17 de marzo de 2006 (JUR 237091).
- SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2006 (JUR, 123128).
- SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 221673).
- SAP de Pontevedra de 22 de febrero de 2007 (JUR 254212).
- SAP de Barcelona de 3 de marzo de 2007 (JUR 120706).
- SAP de Madrid de 29 de junio de 2007 (JUR 348530).
- SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007 (JUR 331923).

ANEXOS

ANEXO I. El comodato en el Código Civil italiano.

LIBRO QUARTO - Delle obbligazioni_

CAPO XIV

Del comodato

Art. 1803 Nozione

Il comodato è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta.

Il comodato è essenzialmente gratuito.

Art. 1804 Obbligazioni del comodatario

Il comodatario è tenuto a custodire e a conservare la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia (1176). Egli non può servirsene che per l'uso determinato dal contratto o dalla natura della cosa.

Non può concedere a un terzo il godimento della cosa senza il consenso del comodante.

Se il comodatario non adempie gli obblighi suddetti, il comodante può chiedere l'immediata restituzione della cosa, oltre al risarcimento del danno.

Art. 1805 Perimento della cosa

Il comodatario è responsabile se la cosa perisce per un caso fortuito a cui poteva sottrarla sostituendola con la cosa propria, o se, potendo salvare una delle due cose, ha preferito la propria.

Il comodatario che impiega la cosa per un uso diverso o per un tempo più lungo di quello a lui consentito, è responsabile della perdita avvenuta per causa a lui non

imputabile, qualora non provi che la cosa sarebbe perita anche se non l'avesse impiegata per l'uso diverso o l'avesse restituita a tempo debito (1221).

Art. 1806 Stima

Se la cosa è stata stimata al tempo del contratto, il suo perimento è a carico del comodatario, anche se avvenuto per causa a lui non imputabile.

Art. 1807 Deterioramento per effetto dell'uso

Se la cosa si deteriora per solo effetto dell'uso per cui è stata consegnata e senza colpa del comodatario, questi non risponde del deterioramento.

Art. 1808 Spese per l'uso della cosa e spese straordinarie

Il comodatario non ha diritto al rimborso delle spese sostenute per servirsi della cosa.

Egli però ha diritto di essere rimborsato delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa, se queste erano necessarie e urgenti (2756).

Art. 1809 Restituzione

Il comodatario è obbligato a restituire (1246, 2930) la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto.

Se però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata.

Art. 1810 Comodato senza determinazione di durata

Se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede.

Art. 1811 Morte del comodatario

In caso di morte del comodatario, il comodante, benché sia stato convenuto un termine, può esigere dagli eredi l'immediata restituzione della cosa.

Art. 1812 Danni al comodatario per vizi della cosa

Se la cosa comodata ha vizi tali che rechino danno a chi se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento (1223) qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario.

ANEXO II. El Comodato en el Código Civil francés.

Titre X : Du prêt

Art. 1874: *Il y a deux sortes de prêt :*

Celui des choses dont on peut user sans les détruire ;

Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce s'appelle "prêt à usage".

La deuxième s'appelle "prêt de consommation", ou simplement "prêt".

Chapitre Ier : Du prêt à usage, ou commodat

Section 1 : De la nature du prêt à usage.

Art. 1875: *Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.*

Art. 1876: *Ce prêt est essentiellement gratuit.*

Art. 1877: *Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée.*

Art. 1878: *Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention.*

Art. 1879: *Les engagements qui se forment par le prêt à usage passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte.*

Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée.

Section 2 : Des engagements de l'emprunteur.

Art. 1880: *L'emprunteur est tenu de veiller raisonnablement à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu.*

Art. 1881: Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée, même par cas fortuit.

Art. 1882: Si la chose prêtée péricule par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre.

Art. 1883: Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire.

Art. 1884: Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration.

Art. 1885: L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit.

Art. 1886: Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter.

Art. 1887: Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur.

Section 3 : Des engagements de celui qui prête à usage.

Art. 1888: Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

Art. 1889: Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre.

Art. 1890: Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser.

Art. 1891: Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur.

ANEXO III. El Comodato en el Código Civil de la República de Venezuela.

TÍTULO XIII: DEL COMODATO

Capítulo I

De la Naturaleza del Comodato

Artículo 1.724.- El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa para que se sirva de ella, por tiempo o para uso determinados, con cargo de restituir la misma cosa.

Artículo 1.725.- Las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a sólo la persona del comodatario, pues entonces los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa dada en préstamo.

Capítulo II

De las Obligaciones del Comodatario

Artículo 1.726.- El comodatario debe cuidar la cosa dada en préstamo como un buen padre de familia, y no debe servirse de ella sino para el uso determinado por la convención, o, a falta de ésta, por la naturaleza de la cosa y la costumbre del lugar, so pena de daños y perjuicios.

Artículo 1.727.- El comodatario responde del caso fortuito:

1°.- Cuando ha usado de la cosa indebidamente, o ha demorado su restitución, a menos que aparezca o se pruebe que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habrían sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora.

2°.- Cuando la cosa prestada perece por caso fortuito y el comodatario hubiere podido evitar la pérdida usando una cosa propia en vez de aquella.

3°.- Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya.

4°.- Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos.

5º.- Cuando la cosa se hubiese estimado al tiempo del préstamo, aunque la pérdida acaezca por caso fortuito, ésta será de cuenta del comodatario, si no hubiese pacto en contrario.

Artículo 1.728.- Si la cosa se deteriora únicamente por efecto del uso para el cual se dio en préstamo y sin culpa del comodatario, éste no responde del deterioro.

Artículo 1.729.- El comodatario que ha hecho algún gasto para usar de la cosa dada en préstamo, no puede pedir el reembolso.

Artículo 1.730.- Si son dos o más los comodatarios, es solidaria su responsabilidad para con el comodante.

Artículo 1.731.- El comodatario está obligado a restituir la cosa prestada a la expiración del término convenido. Si no ha sido convenido ningún término, debe restituir la cosa al haberse servido de ella conforme a la convención. El comodante puede igualmente exigir la restitución de la cosa cuando haya transcurrido un lapso conveniente dentro del cual pueda presumirse que el comodatario ha hecho uso de la cosa.

Cuando la duración del comodato no haya sido fijada y no pueda serlo según su objeto, el comodante puede exigir en cualquier momento la restitución de la cosa.

Artículo 1.732.- Si antes del término convenido o antes de que haya cesado la necesidad del comodatario, sobreviniere al comodante una necesidad urgente e imprevista de servirse de la cosa, podrá obligar al comodatario a restituirla.

Capítulo III

De las Obligaciones del Comodante

Artículo 1.733.- Si durante el préstamo se ha visto al comodatario obligado a hacer para la conservación de la cosa algún gasto extraordinario, necesario, y tan urgente que no haya podido prevenir de él al comodante, éste debe pagarlo.

Artículo 1.734.- El comodante que, conociendo los vicios de la cosa dada en préstamo, no previno de ellos al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido.

ANEXO IV. El Comodato en el Código Civil chileno.
LIBRO CUARTO

Título XXX

DEL COMODATO O PRESTAMO DE USO

Art. 2174. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

Art. 2175. El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada.

Art. 2176. El comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario.

Art. 2177. El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase.

En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo.

Art. 2178. El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima.

Es por tanto responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario.

Pero no es responsable de caso fortuito, si no es,

1. Cuando ha empleado la cosa en un uso indebido o ha demorado su restitución, a menos de aparecer o probarse que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habría sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora;

2. Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levísima;

3. Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya;

4. Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos.

Art. 2179. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo precedente, si el comodato fuere en pro de ambas partes, no se extenderá la responsabilidad del comodatario sino hasta la culpa leve, y si en pro del comodante solo, hasta la culpa lata.

Art. 2180. El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada.

Pero podrá exigirse la restitución aun antes del tiempo estipulado, en tres casos:

1. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse;

2. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa;

3. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa.

Art. 2181. La restitución deberá hacerse al comodante, o a la persona que tenga derecho para recibirla a su nombre según las reglas generales.

Si la cosa ha sido prestada por un incapaz que usaba de ella con permiso de su representante legal, será válida su restitución al incapaz.

Art. 2182. El comodatario no podrá excusarse de restituir la cosa, reteniéndola para seguridad de lo que le deba el comodante, salvo el caso del artículo 2193.

Art. 2183. *El comodatario no tendrá derecho para suspender la restitución, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante; salvo que haya sido perdida, hurtada o robada a su dueño, o que se embargue judicialmente en manos del comodatario.*

Si se ha prestado una cosa perdida, hurtada o robada, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, se hará responsable de los perjuicios que de la restitución se sigan al dueño.

Y si el dueño no la reclamare oportunamente, podrá hacerse la restitución al comodante.

El dueño por su parte tampoco podrá exigir la restitución sin el consentimiento del comodante, o sin decreto de juez.

Art. 2184. *El comodatario es obligado a suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas y de toda otra cosa de que sepa se trata de hacer un uso criminal; pero deberá ponerlas a disposición del juez.*

Lo mismo se observará cuando el comodante ha perdido el juicio y carece de curador.

Art. 2185. *Cesa la obligación de restituir desde que el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada.*

Con todo, si el comodante le disputa el dominio, deberá restituir; a no ser que se halle en estado de probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece.

Art. 2186. *Las obligaciones y derechos que nacen del comodato, pasan a los herederos de ambos contrayentes, pero los del comodatario no tendrán derecho a continuar en el uso de la cosa prestada, sino en el caso excepcional del artículo 2180, número 1..*

Art. 2187. *Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz) exigir de los herederos que le paguen el justo precio de la cosa prestada o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan, según viere convenirle.*

Si tuvieron conocimiento del préstamo, resarcirán todo perjuicio, y aun podrán ser perseguidos criminalmente según las circunstancias del hecho.

Art. 2188. Si la cosa no perteneciere al comodante y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante; salvo que éste haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido al comodatario.

Art. 2189. Si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables.

Art. 2190. El comodato no se extingue por la muerte del comodante.

Art. 2191. El comodante es obligado a indemnizar al comodatario de las expensas que sin su previa noticia haya hecho para la conservación de la cosa, bajo las condiciones siguientes:

- 1. Si las expensas no han sido de las ordinarias de conservación, como la de alimentar al caballo;*
- 2. Si han sido necesarias y urgentes, de manera que no haya sido posible consultar al comodante, y se presuma fundadamente que teniendo éste la cosa en su poder no hubiera dejado de hacerlas.*

Art. 2192. El comodante es obligado a indemnizar al comodatario de los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado, con tal que la mala calidad o condición reúna estas tres circunstancias:

- 1. Que haya sido de tal naturaleza que probablemente hubiese de ocasionar los perjuicios;*
- 2. Que haya sido conocida y no declarada por el comodante;*
- 3. Que el comodatario no haya podido con mediano cuidado conocerla o precaver los perjuicios.*

Art. 2193. El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se efectúa la indemnización de que se trata en los dos artículos precedentes; salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare.

Art. 2194. 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.

Art. 2195. Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

ANEXO V²⁴⁶. Modelo contrato de comodato.

Entre identificado como aparece al pie de la firma y para los efectos del presente acto se designará simplemente como EL COMODANTE y, por la otra quien porta D.N.I número y en el texto de este contrato se denominará como EL COMODATARIO, hemos convenido en celebrar un contrato de comodato que se regirá por las cláusulas que a continuación se enuncian y en lo no previsto en ellas por las disposiciones legales aplicables a la materia de que trata el presente acto jurídico.

Primera. Objeto.-EL COMODANTE entrega a EL COMODATARIO y éste recibe, a título de comodato o préstamo de uso, los bienes que se entran a relacionar:..... .

Los bienes descritos pertenecen a EL COMODANTE.

Segunda. Localización de los bienes.-Los bienes descritos en la cláusula anterior deberán permanecer durante la vigencia del presente acto jurídico en la sede de EL COMODATARIO, es decir, en la siguiente dirección: de la ciudad de El COMODATARIO no podrá cambiar el sitio de ubicación de los bienes entregados en comodato sin la previa y escrita autorización de EL COMODANTE.

Tercera. Uso autorizado.-El COMODATARIO podrá utilizar los bienes objeto de este contrato única y exclusivamente para los siguientes propósitos:

Cuarta. Obligaciones de EL COMODATARIO.-Constituyen las obligaciones especiales de EL COMODATARIO las que siguen:

a) Cuidar y mantener los bienes recibidos en comodato, respondiendo por todo daño o deterioro que sufran, salvo los que se deriven del uso autorizado en la cláusula anterior. EL COMODATARIO se obliga a responder aun del caso fortuito ;

²⁴⁶Modelo de contrato genérico de comodato extraído de la siguiente página web: <http://cartastipo.blogspot.com.es/2011/11/modelo-contrato-de-comodato.html#.VTYN8SHtmko>.

- b) Responder por los daños que los bienes entregados causen a terceros;
- c) Restituir los bienes al término del comodato;
- d) Asegurar los bienes relacionados en la cláusula primera de este documento contra los riesgos de, de manera que figure como beneficiario de la póliza respectiva EL COMODANTE,
- e) Utilizar la máquina conforme con el uso autorizado, es decir, exclusivamente en
- f) No cambiar la ubicación de los bienes sin el previo y escrito permiso de EL COMODANTE;
- g) Las demás obligaciones propias de los comodatarios de acuerdo con las disposiciones legales.

Quinta. Duración y perfeccionamiento. -Este contrato tiene una vigencia de contados a partir de su firma, fecha desde la cual se perfecciona, pues en este mismo instante se ha hecho entrega de los bienes en el lugar donde deben permanecer . A la terminación del contrato surge la inmediata obligación para EL COMODATARIO de restituir los bienes en perfecto estado de funcionamiento y solamente podrá retenerla cuando habiendo sufrido perjuicios por el mal estado o calidad de las cosas éstos no hayan sido debidamente indemnizados.

Sexta. Valor de los bienes. -EL COMODATARIO, conjuntamente con EL COMODANTE, estiman el valor de los bienes en Euros suma que deberá pagar EL COMODATARIO a EL COMODANTE si EL COMODANTE ejerce la facultad que en su favor establece el artículo del Código Civil, según la cual puede abandonar la propiedad de la cosa en favor de EL COMODATARIO cuando los bienes se deterioren de tal manera que no puedan emplearse en su uso ordinario .

Séptima. Estado de los bienes. -Al momento de firmarse el presente acto jurídico los bienes se encuentran en perfecto estado de funcionamiento.

Octava. Cláusula penal. -Si EL COMODATARIO incumpliere una cualquiera de las obligaciones a su cargo deberá pagar a EL COMODANTE la suma de.....Euros.

Novena. Cláusula compromisoria. -Las partes convienen que en el evento en que surja

alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, será resuelta por un tribunal de arbitramento cuyo domicilio será..... (lugar de ejecución del contrato), integrado por () árbitros designados conforme a la ley.

En señal de conformidad las partes suscriben el presente documento en dos ejemplares del mismo tenor, en a .. del mes de de dos mil

ANEXO VI. Comentario de la STS de 3 de junio de 1983.

El procurador de don Romeo interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra la Administración General del Estado (Ministerio de Educación y Ciencia). En la demanda se explicaba que el Estado Español decidió realizar unas exposiciones dedicadas al Siglo de Oro Español, en Londres y París, en los años 1975 y 1976. Para ello, se recabaron obras de importante valor de la época, contando con la colaboración de varios coleccionistas privados que actuaron desinteresadamente prestando sus obras. El demandante era propietario de una colección pictórica con cuadros de gran valor y excepcional rareza, y prestó varias obras, siendo una de ellas el “Bodegón”. Para que los propietarios de estas obras las prestaran, la Comisaria Nacional de Museos y Exposiciones garantizó a los mismos propietarios un compromiso de resarcimiento en caso de que existiera cualquier perjuicio; puesto que el préstamo era totalmente gratuito y no tenía otro fin que el de exponer en el extranjero joyas artísticas del Siglo de Oro Español. El demandante, don Romeo accedió y entregó los cuadros en calidad de “*préstamo temporal o depósito*”. Para documentar la entrega de las obras, el Comisario Nacional de Museos y Exposiciones por orden del Director General del Patrimonio Artístico y Cultura del Ministerio de Educación y Ciencia suscribió acta de recepción en calidad de préstamo temporal o depósito de varias obras, entre ellas el “Bodegón”; obras que “*se entregaron en perfectas condiciones y sin daño o menoscabo alguno*”, según constaba en acta. El “Bodegón” o “Naturaleza Muerta”, pintado en Toledo hacia el año 1700 y uno de los bodegones más raros conservados de Álvaro (el pintor), que es una obra fundamental para el estudio de la pintura española, al parecer, sufrió diversos desperfectos como consecuencia de un golpe, según queda acreditado en el informe del Director del Instituto Amatller de Artes Hispánica. Por su valor artístico y económico apareció en la portada del Catálogo de la exposición que se celebró en Sevilla en 1973, exposición para la que también se prestó el cuadro y éste no sufrió ningún desperfecto. Como consecuencia de los desperfectos, el cuadro sufrió una depreciación en su valor, y en el mismo informe (del que hemos hablado anteriormente) se determinó que era la tercera parte de su valor comercial. El valor del cuadro superaba los cincuenta millones de pesetas. En el momento que se interpuso la demanda, el cuadro se encontraba en depósito en el Museo del Prado. El demandante realizó varias gestiones antes de interponer la demanda para que la Administración General del Estado le resarciera la parte del perjuicio sufrido, y muestra de ello fue un escrito que esta parte

aportó como prueba, y contestación que el Ministerio de Educación le hizo, reconociendo los hechos, aceptando la Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Ordinarios para conocer de la reclamación, la valoración del cuadro (cincuenta millones de pesetas) puesto que concertó un seguro valorando el cuadro con la indicada cifra, pero diciendo que el Ministerio no estaba dispuesto a indemnizar a don Romeo en la cantidad que reclamaba (es decir, aceptaba la responsabilidad de la Administración pero no el “*quantum*”). El recurrente también sostiene que “*cuando una obra pictórica sufre un deterioro, pese a su restauración y por muy perfecta que resulte ésta, inmediatamente pierde un valor, sobre todo cuando la antigüedad de la pintura es considerable*”; de modo que si la obra se pusiera a la venta su precio de mercado sería muchísimo menor (la técnica, los materiales...ya no serían los mismos). De este modo, el responsable del deterioro deberá indemnizar al propietario de la obra en lo que hubiera disminuido su valor comercial. Además, como el Ministerio de Educación era el que concertó el seguro, él era el que estaba vinculado con la compañía aseguradora; y por tanto, el demandante con quien tiene que ir es contra el Ministerio (que es el responsable del deterioro), no contra la compañía. En la demanda, por tanto, suplicaba el recurrente que la misma se estimara y se condenara al demandado a que pagara dieciséis millones seiscientas sesenta y seis mil seiscientas sesenta y seis, con sesenta y siete céntimos (el importe del daño) o los daños y perjuicios que se determinaran en ejecución de sentencia más intereses legales, junto con las costas.

La parte demandada contestó a la demanda reconociendo los hechos expuestos con anterioridad (que el cuadro se prestó para la exposición, que se concertó un seguro) y añadió que el Ministerio recibió carta en la que se informaba de que el Sr. Romeo había tenido constancia de que una de sus obras (“Bodegón”) había sufrido un perjuicio y se desplazó a París para comprobarlo. Avisó al Director del Instituto Amatller de Arte Hispánico para que lo inspeccionara y emitiera informe técnico (que decía de debido al desperfecto el valor del cuadro se había disminuido en un tercio) que se acompañó a dicha carta. Después, el cuadro fue trasladado al Museo del Prado de Madrid y se levantó acta en la que se decía que “*el lienzo de Álvaro, Naturaleza Muerta, mostraba un golpe en la parte posterior que determina rotura de la tela del forro y del propio lienzo primitivo en sentido vertical y de un centímetro y medio de longitud con saltado de la parte de pintura interesada*”. Se desconocía la causa del daño y el momento en que el mismo se produjo, y se desestimó la reclamación hecha en vía gubernativa por

don Romeo. Acabaron suplicando al Juzgado desestimara la demanda y se declarara la falta de Jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta y subsidiariamente se desestimaran las peticiones del demandante, absolviendo de ellas al Estado, con expresa condena en costas a favor del actor.

Posteriormente se dio traslado a las partes para que formularan conclusiones, y se dictó sentencia estimando la demanda presentada y condenando a la parte demandada a que abonara el importe de los daños sufridos en el cuadro (previo dictamen de un Perito contratado por el Juzgado, junto con la posibilidad de una restauración si conviniere al propietario (a cuenta de la Administración), e imposición de costas al demandado.

Ello llevó a la Abogacía del Estado a interponer recurso de Apelación, que en sentencia fue desestimado, confirmando la sentencia de Primera Instancia.

Y como consecuencia de ello, el Abogado del Estado interpuso recurso de casación por infracción de ley, en base a tres motivos: que la sentencia recurrida desestimó la excepción de la incompetencia de jurisdicción, y calificó como civil el contrato celebrado entre el Ministerio de Educación y don Romeo, cuando le correspondía a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, violando el artículo segundo de la LOPJ, el artículo cuarto regla segunda y diecinueve de la Ley de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, modificada por la de 17 de marzo de 1973, y artículo tercero primer apartado de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956. Además, alegó violación del art. 1101 del C.c., amparándose en el art. 1692 apartado primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente, adujeron que la sentencia recurrida concedía al actor más de lo que éste solicitó en la demanda, incidiendo en vicio de incongruencia violando el art. 359 de la LEC.

En relación con los fundamentos de derecho, decir que el Tribunal rechazó la excepción de incompetencia jurisdiccional, y diferenció los contratos civiles de los administrativos (que son aquellos de contenido patrimonial, “*así como los vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o que revistan características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato*”). Por tanto, se sostuvo que no era posible que en este supuesto existiera un contrato administrativo, pues la Administración actuó en pie de igualdad con el

particular. Por otro lado, el Tribunal en este caso sí estimó el otro motivo al considerar que se infringió el principio de incongruencia que amparado por el art. 359 de la LEC limita los poderes del órgano jurisdiccional; en lo relativo a la facultad que se concedía al actor para optar por la restauración, a cargo de la Administración, de la obra pictórica dañada y a la concreta designación del Perito. No obstante, sí estaba obligado a responder del deterioro causado por motivo distinto del uso para el que se prestó la cosa (de acuerdo con el art. 1744 y 1745 C.c.), y además se parte de una previa tasación de la obra entregada. Por tanto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de casación por infracción de Ley, pero acabó condenando a la Administración General del Estado a que abonara el importe de los daños que sufrió el cuadro.

ANEXO VII. Comentario de la STS de 26 de enero de 1987.

El procurador de los cinco demandantes (don Carlos Miguel, don Cosme, don Jaime, doña María del Pilar y don Alexander) interpuso demanda de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Villalpando, contra tres demandados (doña Gema y su esposo don Víctor Manuel, y doña Remedios). Todos los demandantes y dona Gema son plenos propietarios, por sextas partes iguales y en proindivisión, de una finca urbana compuesta de vivienda, cuadras, pajar, corral y bodega. Adquirieron la nuda propiedad en virtud de escritura de operaciones particionales de la herencia de su padre, adjudicándose el usufructo vitalicio de dicha finca a la demandada (doña Remedios), viuda del causante; pero ésta, en virtud de escritura pública renunció al derecho de usufructo a favor de sus seis hijos. Sin embargo, los demandados venían disfrutando con exclusividad de prácticamente todo, excepto de la vivienda, amparándose en ciertos pactos o convenios atípicos con doña Remedios (cuando ésta había renunciado expresamente al usufructo). Como la división material resulta imposible (por desmerecimiento de la finca urbana), los demandantes proponían en la demanda que se procediera a su venta en forma legal. Por lo tanto, se acababa suplicando al Juzgado que declarara que la finca pertenecía en plena propiedad, por sextas e iguales partes y proindiviso, a los seis hermanos; que se declarara extinguido cualquier pacto que el matrimonio constituido por doña Gema y don Víctor Manuel hubiera contraído con doña Remedios; y se condenara a los demandados a que desalojaran la finca que ocupan indebidamente con apercibimiento de lanzamiento si no lo hacían voluntariamente; y se procediera a su venta en subasta pública repartiendo el precio que se obtuviera por sextas e iguales partes; y finalmente, imposición de costas a los demandados.

Admitida la demanda a trámite, los demandados don Víctor Manuel y doña Gema contestaron a la demanda admitiendo los hechos relatados en la demanda, pero impugnando la renuncia del usufructo; basándose en un arrendamiento concertado con la usufructuaria (doña Remedios), y en contraprestación se obligaron a asistirla y mantenerla en su hogar y compañía. Consideraron que existía contrato de arrendamiento puesto que se daban los elementos reales, cosa (finca urbana) y precio (contraprestación en especie), de acuerdo con lo establecido en la LAU. Por lo que respecta a la renuncia al usufructo, sostuvieron que pese a que ésta existiera, el arrendamiento subsiste conforme al art. 57 de la LAU, pero impugnando la validez de la renuncia en base al perjuicio de terceros (el matrimonio). Además, afirmaron que la renuncia solamente

hacía referencia al usufructo de la casa y no al de las cincuenta y dos fincas restantes. Esta parte no se opuso a la enajenación de la finca por considerar que el arrendamiento no supone obstáculo alguno para la venta. Suplicaron al Juzgado que desestimara la demanda, se declarara la nulidad de la renuncia al usufructo, se declarara la existencia de arrendamiento y la imposición de costas a los demandantes.

Doña Remedios, la otra demandada, no compareció en legal término y se la declaró en rebeldía.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por el procurador de los demandantes; declaró que la finca pertenecía en plena propiedad, por sextas e iguales partes, a los seis hermanos (don Carlos Miguel, don Cosme, don Jaime, doña María del Pilar, don Alexander y doña Gema), quedando extinguido y sin efecto alguno cualquier pacto o convenio que doña Gema y don Víctor hubieran concertado con doña Remedios, incluido el arrendamiento que dicen haber existido; condenando a los demandados a que desalojaran la finca urbana que ocupan indebidamente, bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo hacían de manera voluntaria; condenando a doña Gema a que disolviera la comunidad existente sobre dicha finca urbana, y se procediera a su venta en subasta pública, repartiendo el precio que se obtuviera por sextas e iguales partes; sin hacer mención alguno en lo referente a las costas.

Los demandados don Víctor y doña Gema interpusieron recurso de apelación contra la Sentencia de Primera Instancia, y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Villalpando, sin hacer expresa condena en costas.

Ante esta situación, los demandados don Víctor y doña Gema, aquí demandantes decidieron interponer recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid. Amparándose en el art. 1.692, ordinal primero de la LEC, alegaron infracción del art. 57 de la LAU, en relación con el artículo primero de esta Ley, y de los arts. 1.261, 1274 y 1.543 del C.c., por entender que la relación entre los aquí demandantes y doña Remedios era la propia de un arrendamiento, por existir causa onerosa constituida por la prestación de alimentos y asistencia a la usufructuaria y los requisitos de tiempo y precio cierto, consistente en las atenciones prestada a doña Remedios. También se ampararon en el art. 1.692 1º de la LEC, y alegaron infracción del art. 6 párrafo segundo del C.c., en relación con el art.

480 de la misma Ley, y 107, párrafo primero de la Ley Hipotecaria (L.H), por lo que respecta a que la renuncia de la que hablábamos anteriormente no puede ser válida.

En relación con los Fundamentos de Derecho, decir que el recurso de casación se fundamentaba en dos únicos motivos. En el primero de ellos se alegaba infracción del art. 57 de la LAU, en relación con el artículo primero de la misma Ley, y 1.261, 1.274 y 1.543 del C.c. por inaplicación, al considerar en las sentencias anteriores que no quedó probada que la relación jurídica de los aquí recurrentes y de doña Remedios se basase en un contrato de arrendamiento sometido a legislación especial; cuando lo acreditado habían sido prestaciones recíprocas (cesión de posesión de ciertos inmuebles y prestación de un indefinido servicio de asistencia a la cedente de la posesión) sin prueba de que hubiesen satisfecho un precio cierto (lo esencial de un contrato de arrendamiento de acuerdo con el art. 1.543 C.c.). *“Al no haberse determinado renta alguna ni haberse sentado medios para su determinación, no hay arrendamiento por falta del requisito esencial de fijación del precio. En todo caso, el fin económico que en el caso contemplado persiguieron las partes no se aviene con la naturaleza de un arrendamiento, más bien se trató de una prestación atípica (asistencia y cuidados), inconfundible con el pago periódico de una renta fija”*. En el segundo de los motivos se alegaba infracción del art. 6, párrafo segundo del C.c. en relación con el 480 de la misma Ley, y art. 107 párrafo primero de la L.H. (aunque el Tribunal considera que no resulta de aplicación este artículo por tratarse de hechos diferentes, el de la norma y el de la *litis*). Los aquí recurrentes sostienen que la renuncia de doña Remedios se hizo en perjuicio de ellos, pero tal perjuicio no ha sido probado.

El Tribunal acabó decidiendo que no había lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación procesal de don Víctor Manuel y doña Gema, y el Tribunal acabó condenándoles al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido (dándosele a este depósito el destino legal en aplicación del art. 1748 (antigua redacción) de la LEC.

ANEXO VIII. Demanda de precario.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE TARRAGONA QUE POR TURNO DE REPARTO CORRESPONDA

Don **XXX**, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil **XXX**, tal como se acreditará mediante designa judicial apud acta, cuya administradora es D^a. **XXX**, y bajo la dirección letrada de Don **XXX**, letrado colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Tarragona, con domicilio a efectos de notificación en **XXX**, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que mediante la presente vengo a formular **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO VERBAL DE DESAHUCIO POR PRECARIO** contra Doña **XXX**, mayor de edad, con domicilio en **XXX** de Tarragona y DNI núm. **XXX**, basando nuestra pretensión en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.- La mercantil **XXX**, cuya administradora es **XXX**, es propietaria de la vivienda situada en **XXX** de Tarragona.

Se adjunta como **Documento núm. 1** escritura de constitución de sociedad y como **Documento núm. 2** escritura de compra de la mencionada vivienda.

SEGUNDO.- La Sra. **XXX**, permitió a su hijo D. **XXX** y a su esposa D^a. **XXX**, que se trasladaran a residir en la mencionada finca como liberalidad hacia su hijo después de haber contraído matrimonio.

TERCERO.- Dicho matrimonio se ha divorciado recientemente mediante Sentencia **XXX** dictada por el Juzgado **XXX** en sede del procedimiento judicial de divorcio contencioso **XXX**.

Se acompaña como **Documento núm. 3** la mencionada Sentencia de divorcio.

El apartado núm. 5 del fallo de dicha Sentencia atribuye el uso del domicilio que fue familiar situado en la calle XXX de la localidad de Tarragona a favor de la madre, y determina que en él convivirá con los hijos menores cuya guardia tiene atribuida.

CUARTO.- La demandada y su esposo habían estado ocupando la vivienda propiedad de la mercantil por simple concesión de mi patrocinada, por acto de favor y mera liberalidad, sin título alguno que lo avalara, es decir a título de precario. Sin embargo, llegados a la situación del divorcio, y teniendo en cuenta que la Sra. XXX ocupa la vivienda gratuitamente, sin ofrecer contraprestación económica alguna a la mercantil que represento, mi mandante ha optado por la solicitud de la presente, por cuanto esta situación la perjudica gravemente, siendo que no puede obtener ningún beneficio patrimonial de la vivienda.

Dicho beneficio es necesario para mi mandante por cuanto sobre la vivienda que ocupa la Sra. XXX existe una hipoteca de fecha XXX, con la entidad XXX bajo núm. de préstamo XXX, con un capital pendiente de amortizar de XXX EUROS. Así que la mercantil XXX debe de pagar cuota mensual que asciende a XXX EUROS. Lo cierto es que mi mandante está pasando por una situación económica complicada lo que hace que en la actualidad deba tres cuotas.

El hecho de no poder alquilar o vender la vivienda, agrava todavía más la situación, por cuanto no puede obtener beneficio alguno que le permita el pago de la hipoteca pendiente. Es por ello, que la mercantil que represento se ve en la obligación de interponer la presente demanda.

Se acompaña como **Documento núm. 4** acreditación del estado actual del préstamo hipotecario.

Tal como ha venido estableciendo numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento (S.T.S. 18/1/2010, Tol 1793037).

Inicialmente, el Tribunal Supremo mantenía el criterio de que la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento o exigencia de

renta o merced, era constitutiva de un simple precario, que debía cesar cuando a él quisieran ponerle fin el cedente o el cesionario (en este sentido, S.T.S. 30/11/1964).

La S.T.S. 31/12/1994, el Tribunal Supremo aprecia que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges por la sentencia de separación o divorcio no puede generar un derecho antes inexistente y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Es de destacar que el Tribunal Supremo señala en esta sentencia que la solución contraria (que el suegro no pueda reclamar su vivienda) “traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso”. Posteriormente, la S.T.S. 26/12/2005, Tol 795335 ha determinado que para solucionar aquellas reclamaciones efectuadas por los propietarios, progenitores de uno de los cónyuges, en reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido, habrá que analizar si existió un contrato entre ellos y aplicarlos efectos propios de este contrato, pero en el caso de que no hubiera existido, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista.

Finalmente, la S.T.S. 2/10/2008, Tol 1378500 fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial". Este criterio es confirmado por la presente S.T.S. 30/10/2008, Tol 1401724, que no aprecia la concurrencia de un uso concreto y determinado en la vivienda cedida, distinto del genérico de servir de hogar, residencia o domicilio conyugal y familiar, lo que sitúa a la esposa demandada en la posición de precarista, al faltar las notas caracterizadoras del préstamo de uso, y al carecer, en consecuencia, de título hábil para justificar la posesión del inmueble; título que, en cualquier caso, habría de considerarse inexistente tras la ruptura de la convivencia conyugal, y que no se adquiere, a los efectos de enervar el desahucio por precario, por la atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda, en la medida en que no modifica aquella situación posesoria, ni es oponible frente al tercero que, por tener título bastante, está legitimado para pedir que se ponga fin a la misma.

En conclusión, cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Así pues, la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial (S.s.T.S. 30/6/2009, Tol 1560746; 22/10/2009, Tol 1641343 y 18/1/2010, Tol 1793037).

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) De derecho procesal

I. Competencia y postulación.

La competencia objetiva para el conocimiento de la demanda corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, y la competencia territorial al Juzgado que por turno de reparto corresponda (art. 45 y 52-1-7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Son de aplicación los artículos 23 y 31 de la LEC por lo que respecta a la intervención de Abogado y Procurador cuando la cuantía del procedimiento supera los 2.000 €.

II. Sobre la legitimación de las partes.

Mi mandante está legitimada activamente como propietaria de la vivienda ocupada en precario y la recuperación que se pretende. La legitimación pasiva corresponde a la demandada (la Sra. XXX) en su condición de ocupante precarista de la finca (arts. 10 y 250 LEC).

III. Procedimiento judicial.

Legislación: El procedimiento aplicable será el previsto para el Juicio Verbal de conformidad con lo dispuesto en el art. 250-1-2n de la LEC, en pretensión de la recuperación de la plena posesión de una finca cedida en precario.

IV. Cuantía del procedimiento y costas procesales.

En consideración a la naturaleza de la petición que se discute en este pleito, que se encuentra encaminada a garantizar el disfrute de las facultades que derivan del dominio de la finca, la cantidad estimada del procedimiento es de 134.553,48 € que corresponde al valor catastral de la vivienda, todo ello conforme a lo dispuesto en los arts. 249-2n y 251-2n y 3r-1º de la LEC.

Se acompaña como **Documento núm. 5** copia simple del recibo del IBI de la finca.

En cuanto a las costas procesales, conforme a lo dispuesto en el art. 394 de la LEC, las mismas habrán de ser impuestas a la demandada.

B) De derecho sustantivo

Los artículos 348 y 349 y otros concordantes del Código Civil, sobre el derecho a poseer la finca la propiedad de la cual se ostenta.

El concepto jurídico de precario es una creación de la doctrina científica y jurisprudencial, por lo que se ha de acudir a la jurisprudencia que define como precarista a “aquel que sin ningún título y sin pagar renta, merced o contraprestación, ostenta la posesión de un inmueble ajeno, con o sin consentimiento del amo”.

- Cuando a la atribución del uso de la vivienda familiar son de aplicación los artículos 233-20 y siguientes del Código Civil de Cataluña habiendo de destacarse que el artículo 233-21-2 pone de manifiesto que “si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de título diferente del de propiedad, los efectos de la atribución judicial del suyo se quedan limitados por aquello que resulte del título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detienen la vivienda

familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama la restitución”.

Por todo lo anterior y ejercitando cuantas acciones se deriven de los anteriores hechos y fundamentos jurídicos, y cualquier otros que pudieran corresponder a mi representada,

SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito, juntamente con los documentos que lo acompañan y sus copias, y previo examen de la jurisdicción y competencia del Juzgado, se sirva dictar Auto admitiendo la demanda a trámite, teniendo al Procurador suscrito por comparecido y parte a la representación que ostento, y se tenga por formulada demanda de **JUICIO VERBAL DE DESHAUCIO POR PRECARIO** contra la Sra. **XXX**, a quien se le habrá de citar en el domicilio obrante en el encabezamiento del escrito y, previstos los trámites legales, se sirve dictar en su día Sentencia por la cual:

1r. Se declare haber lugar al desahucio por precario de la vivienda sita en la calle XXX de la localidad de Tarragona.

2n. Condenando a la demandada a desalojarla, dejándola libre, vacía y expedita a disposición de mi principal, bajo apercibimiento de lanzamiento, en caso de que así no lo hicieran.

3r. Y con expresa condena en costas a la demandada.

En Tarragona, a 10 de Octubre de 2014.

XXX

-Letrado-

XXX

-Procurador-